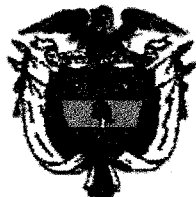


000354

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ARBITRAL DE

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE

Contra

**VARGAS VELANDIA LTDA HOY XIE S.A., EDIVIAL EU HOY EDIVIAL INGENIERÍA
S.A.S. Y SEVILLA MARTÍNEZ INGENIEROS C.A SEMAICA – INTEGRANTES DEL
CONSORCIO KUMBRE**

Bogotá D.C. 8 de septiembre de 2015

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil quince (2015)

Surtidas como se encuentra la totalidad de las actuaciones procesales previstas en la ley 1563 de 2012 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el Tribunal de Arbitramento profiere en derecho el Laudo que pone fin al proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias surgidas entre el **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE**, como parte demandante, y **VARGAS VELANDIA LTDA HOY XIE S.A., EDIVIAL EU HOY EDIVIAL INGENIERÍA S.A.S. Y SEVILLA MARTÍNEZ INGENIEROS C.A SEMAICA –** integrantes del consorcio **KUMBRE**, como parte demandada, previos los siguientes

I. ANTECEDENTES

1. EL CONTRATO¹.

El 31 de octubre de 2007, el **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE** y el **CONSORCIO KUMBRE** mediante Contrato de Obra Pública No. 2071792, acordaron la construcción de un establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario en Florencia - Caquetá.

2. EL PACTO ARBITRAL.

Se encuentra contenido en la cláusula vigésimo quinta denominada "Cláusula Compromisoria", la cual señala:

¹ Folios 429 a 439 del cuaderno de pruebas Tomo I.

000355

"Si surgieren divergencias de cualquier índole, entre el contratista y FONADE, relacionadas o derivadas de la celebración, ejecución, cumplimiento, terminación y liquidación del Contrato, que no puedan ser resueltas de común acuerdo por la partes, tales controversias serán dirimidas por un tribunal de arbitramento, que se regirá por las siguientes reglas:

1) Estará integrado por tres árbitros designados de mutuo acuerdo por las partes. En el evento de que no se logre acuerdo entre las partes, para la designación de uno o varios árbitros, los mismos serán escogidos de la lista de árbitros de la Cámara de Comercio de Bogotá conforme al procedimiento determinado por dicha Entidad.

2) La remuneración total de cada árbitro equivaldrá, como máximo a seis (6) meses de salario básico del representante legal de FONADE en el momento en el cual se presente la solicitud de composición del Tribunal. La remuneración del secretario del Tribunal será la mitad de la remuneración de un (1) árbitro.

3) El tribunal de arbitramento se regirá por las leyes vigentes al momento de su instalación.

4) El tribunal de arbitramento funcionará en Bogotá D.C., en la sede del centro de arbitraje y conciliación de la cámara de comercio de Bogotá D.C.

5) Las decisiones se tomarán en derecho".

3. PARTES PROCESALES.

3.1. Parte Convocante.

Es el **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE** empresa industrial y comercial del estado de carácter financiero del orden nacional, vinculada al Departamento Nacional de Planeación, con NIT 899.999.316-1,

representada legalmente por NATALIA ARIAS ECHEVERRY.

000356

3.2. Parte Convocada.

Como parte convocada, cada uno de los integrantes del CONSORCIO KUMBRE:

3.2.1. La sociedad **VARGAS VELANDIA LTDA.**, hoy sociedad XIE S.A., con NIT. 830.061.684-1 y con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C. representada legalmente por el señor JAIME VARGAS GALINDO, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.463.536 de Bogotá, inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el 27 de junio de 2007, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de la misma ciudad.²

3.2.2. La sociedad **EDIVIAL EU.**, hoy **EDIVIAL INGENIERÍA S.A.S.**, con NIT. 830.057.735-1 y con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C. representada legalmente por el señor CARLOS EDUARDO BOCANEGRA DE LA TORRE, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.459.893 de Bogotá, inscrita en la Cámara de Comercio de esta ciudad el 12 de junio de 2007, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de la misma ciudad.³

3.2.3. La sociedad **SEVILLA Y MARTÍNEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA**, con RUC No. 1790011291001 y con domicilio en la ciudad de Quito (Ecuador), representada legalmente por el señor ESTEBAN GONZALO SEVILLA QUINTANA, identificado con la cédula de ciudadanía ecuatoriana No.

² Folios 56 a 63 del cuaderno principal Tomo 1.

³ Folios 72 a 77 del cuaderno principal Tomo 1.

1704218369 y pasaporte No. 1704218369, sociedad inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá el 22 de junio de 2007, según consta en el certificado de existencia y representación legal.⁴

4. ETAPA INICIAL.

1. Con el cumplimiento de los requisitos formales y mediante apoderado, el 31 de mayo de 2013, el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE presentó demanda arbitral contra el CONSORCIO KUMBRE⁵, con base en el contrato celebrado y en desarrollo de la cláusula compromisoria pactada en el mismo.
2. El 05 de agosto de 2013 tuvo lugar la audiencia de designación de árbitros⁶, en la cual, estando las partes presentes, se nombró a ANTONIO PABÓN SANTANDER, JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO Y SAMUEL CHALELA ORTÍZ como árbitros principales y a ARMANDO GUTIÉRREZ VILLALBA, GABRIEL DE VEGA PINZÓN Y RODRIGO ESCOBAR GIL como árbitros suplentes.
3. Mediante comunicación de fecha 08 de octubre de 2013 proveniente del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, se dio visto bueno a los árbitros designados.⁷
4. Una vez notificada la designación a los árbitros, el doctor ANTONIO PABÓN SANTANDER aceptó oportunamente el nombramiento⁸, el doctor

⁴ Folio 71 del cuaderno principal Tomo 1.

⁵ Folios 1 a 50 del Cuaderno Principal Tomo 1.

⁶ Folio 184 y 185 del Cuaderno Principal Tomo 1

⁷ Folios 203 y 204 del Cuaderno Principal Tomo 1.

⁸ Folio 216 del Cuaderno Principal Tomo 1

JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO⁹ la rechazó, al igual que el doctor SAMUEL CHALELA ORTÍZ.¹⁰

5. En consideración a lo anterior, se nombró a los árbitros suplentes GABRIEL DE VEGA PINZÓN Y RODRIGO ESCOBAR GIL quienes aceptaron oportunamente el nombramiento.¹¹
6. En audiencia llevada a cabo el 03 de marzo de 2014 mediante Auto No. 1¹², con la presencia del apoderado judicial de la parte demandante, el representante legal del consorcio demandado acompañado por apoderada y la Representante del Ministerio Público, se declaró legalmente instalado el Tribunal de Arbitramento, se inadmitió la demanda, concediendo el término de 05 días para su subsanación, la cual fue presentada el día 07 de marzo de 2014.
7. Mediante Auto de fecha 31 de marzo de 2014, habiéndose subsanado en debida forma y dentro de la oportunidad procesal, se admitió la demanda, y se ordenó correr traslado de la misma a la parte demandada y al Ministerio Público, por el término legal de veinte (20) días.¹³
8. El 28 de abril de 2014 fue notificada personalmente la sociedad VARGAS VELANDIA LTDA hoy XIE S.A., el 13 de mayo de 2014 fue notificada por aviso la sociedad EDIVIAL INGENIERÍA S.A.S. y, el 03 de julio de 2014 fue notificada por aviso la sociedad SEVILLA Y MARTÍNEZ INGENIEROS C.A.

⁹ Folios 219 y 220 del Cuaderno Principal Tomo 1

¹⁰ Folio 215 del Cuaderno Principal Tomo 1

¹¹ Folio 231 del Cuaderno Principal Tomo 1 y Folios 228 y 229 del Cuaderno Principal Tomo 1.

¹² Folios 323 a 326 del Cuaderno Principal Tomo 1.

¹³ Folios 343 y 344 del Cuaderno Principal Tomo 1

SEMAICA, integrantes del consorcio demandado del auto admisorio de la demanda.¹⁴ Finalmente el 22 de abril de 2014, se notificó personalmente el Agente del Ministerio Público.¹⁵

9. Dentro del término de traslado de la demanda, las sociedades integrantes de la parte demandada, por intermedio de sus apoderados judiciales, se opusieron a las pretensiones y formularon excepciones.
10. De los escritos de contestación a la demanda, se corrió traslado a la demandante, quien dentro del término legal, se opuso a las excepciones propuestas y adicionó su solicitud de pruebas.¹⁶
11. El día 02 de octubre de 2014 se celebró la audiencia de conciliación, la cual se declaró fallida ante la ausencia de ánimo conciliatorio entre los representantes de las partes. A continuación, mediante auto No. 7, se fijaron las sumas de honorarios y gastos de funcionamiento del Tribunal,¹⁷ las cuales fueron consignadas por la parte demandante y demandada en los términos y proporciones señalados por el Tribunal.

II. LAS CUESTIONES LITIGIOSAS SOMETIDAS A ARBITRAJE

1. LOS HECHOS DE LA DEMANDA PRINCIPAL.

Las alegaciones de hecho en las que apoya sus pretensiones la demandante bien pueden compendiarse del siguiente modo:

¹⁴ Folio 357, 361 y 477 del Cuaderno Principal Tomo 1.

¹⁵ Folio 354 del Cuaderno Principal Tomo 1

¹⁶ Folios 1 a 20 del cuaderno principal Tomo 2

¹⁷ Folios 50 a 57 del Cuaderno Principal Tomo 2

000360

1. FONADE y EL MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA suscribieron Convenio Interadministrativo con el objeto de ejecutar el proyecto "Construcción y dotación de infraestructura del establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario en Florencia - Caquetá", en el cual a FONADE le correspondió hacer el procedimiento de selección para contratar la obra e interventoría y celebrar las respectivas obras complementarias necesarias para la ejecución de los proyectos encomendados.
2. EL FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, mediante comunicación del veintinueve (29) de octubre de 2007, le informó al representante del Consorcio Kumbre, la aceptación de su oferta dentro del proceso de selección para el proyecto de construcción del establecimiento carcelario.
3. El treinta y uno (31) de octubre de 2007, FONADE y el representante del Consorcio Kumbre, suscribieron el contrato de obra 2071792, cuyo objeto, de acuerdo con lo pactado, consistió en la "Construcción del establecimiento penitenciario y carcelario de mediana seguridad en Florencia – Caquetá", el cual fue objeto de varias modificaciones suscritas de común acuerdo entre las partes.
4. El contrato suscrito entre las partes, fue pactado bajo la modalidad de precios unitarios con fórmula de ajuste, estando el contratista en la obligación de ejecutar tanto las mayores cantidades de obra como las labores adicionales, de acuerdo con el procedimiento previo que debía agotarse. También quedó establecido que las cantidades de obra previstas en el formato No. 09 "Discriminación de la propuesta económica" eran aproximadas y estaban calculadas según las necesidades estimadas del proyecto objeto del presente contrato, razón por la cual se podrían aumentar, disminuir o suprimir durante la ejecución de la obra, tal como quedó establecido en la cláusula

000361

segunda del contrato suscrito.

5. La vigencia del contrato sería igual al plazo transcurrido entre la fecha de su perfeccionamiento y la de su liquidación. Por otro lado el plazo máximo de ejecución sería de dieciocho (18) meses, contados a partir de la suscripción del acta de inicio discriminados de la siguiente manera:
a) Catorce (14) meses para la ejecución y entrega final de la obra en perfecto estado de funcionamiento y b) cuatro (4) meses para adelantar sobre el inmueble las acciones correctivas que fueran requeridas por el interventor o FONADE, entre otros aspectos.
6. Con las prórrogas y adiciones suscritas, la ejecución del contrato pasó de dieciocho (18) meses a un total de treinta y ocho (38) meses y diez (10) días.
7. Las partes suscribieron el acta de entrega y recibo final del contrato el día once (11) de junio de 2011, donde se dejó establecida la totalidad de la obra e ítems ejecutados.
8. El monto que se estableció como monto inicial del contrato fue de cuarenta y cinco mil doscientos noventa y seis millones, doscientos cuarenta y tres mil noventa y dos pesos. (\$45.296.243.092)
9. La liquidación bilateral del contrato no se efectuó comoquiera que no medió acuerdo entre las partes para tal fin.

Hechos relacionados con el incumplimiento contractual del Consorcio Kumbre:

10. De acuerdo con las necesidades del proyecto y con el diseño inicial del mismo, se hacía necesario construir en gran parte del área del establecimiento penitenciario zonas verdes que sirvieran de ornato a las edificaciones, las cuales constituían un ítem que no estaba previsto desde el formato de presupuesto y cantidades de obra, de las reglas de

participación, por lo que fue necesario, durante la ejecución del contrato, convenir con el contratista, el ítem no previsto y el precio correspondiente.

11. Teniendo en cuenta lo anterior, las partes suscribieron el documento modificatorio contractual, mediante el cual incluyeron ítems no previstos que debían ser ejecutados, siendo de especial atención el ítem No. NP-069, para el suministro e instalación de grama.
12. Sin embargo, una vez recibidas las obras, se notó que la grama contratada por FONADE suministrada e instalada por el Consorcio convocado, crecía demasiado rápido y a unas alturas que no son comunes para las especies de gramas, la cual no solo generaba altos costos de mantenimiento por tenerse que cortar de forma muy seguida, sino que se convertía "en guarida de culebras" generando riesgos para quienes permanecen al interior del centro, y también ponían en riesgo la seguridad del establecimiento penitenciario al permitir que los reclusos pudieran esconderse en los matorrales de pasto e incluso fugarse.
13. La Dirección del Establecimiento Penitenciario, solicitó al ICA que realizara una visita técnica para comprobar las especificaciones del pasto sembrado. Mediante certificación del veinte (20) de marzo de 2012, se concluyó que la mayoría del área del Establecimiento Penitenciario las Heliconias, se encuentra sembrada con un pasto de uso alimenticio para animales de la especie bracharia sp, no apta para zonas verdes, lo cual permite evidenciar que lo sembrado no corresponde con el ítem contratado.
14. Como consecuencia, FONADE contrató un perito ingeniero, para que, mediante una inspección en campo, determinara si la especie suministrada y sembrada por el contratista correspondía con el ítem contractual, a lo cual se concluyó mediante dictamen que se encuentra en el expediente, el claro incumplimiento contractual por parte del

Consortio Kumbre en lo que al ítem NP-069 se refiere.

15. El dictamen también determinó que el valor comercial del suministro e instalación del pasto brachiaria implantado por el contratista Consortio Kumbre, era de \$5.000 por M2, para el año 2009 en que FONADE y el contratista pactaron el ítem no previsto; mientras que FONADE con base en el documento modificadorio del contrato de fecha tres (03) de diciembre de 2009, donde se contrató el respectivo ítem, lo pagó a un valor de \$19.595 por M2, el cual desde luego es muy superior a lo que realmente vale en el mercado la especie suministrada e implantada por el contratista.
16. La recomendación técnica del perito agrónomo fue la necesidad de retirar todo el pasto sembrado por el contratista y reemplazarlo por cualquiera de las especies de grama indicadas, que por demás es obligatoria para FONADE de cara al cumplimiento de sus obligaciones y responsabilidades adquiridas con el MINISTERIO DE INTERIOR Y DE JUSTICIA en el marco del Convenio Interadministrativo, labor y costos que deberá asumir el contratista por cuenta de su incumplimiento contractual.
17. Lo anterior, además de constituir un incumplimiento contractual, también representaba una grave lesión económica al patrimonio de FONADE, comoquiera que el suministro y siembra del pasto, tiene un valor mucho menor en el mercado, que el precio que fuera pagado por FONADE.

El mayor valor pagado por FONADE por concepto del ítem 29.01.10.09 de vigas metálicas o viaductos.

18. Otra de las controversias que se presentan, es la relacionada con el costo del ítem 29.01.10.09 contratado y pagado por FONADE, el cual

estaba establecido para una cantidad de 49 kilogramos.

19. Frente a la necesidad de realizar ajustes y modificaciones de diseño al proyecto del establecimiento penitenciario, el ítem 29.01.10.09 sufrió una variación significativa respecto de la totalidad de kilos ejecutada, lo cual aumentó el valor de los costos directos e indirectos.
20. Se destaca que la interventoría y FONADE incurrieron en error comoquiera que el valor del ítem resultaba ser demasiado superior a lo que realmente tenía en el mercado el kilo de esa clase de estructuras, lo cual generó un detrimento patrimonial para FONADE quien pagó un precio artificialmente alto y fuera del contexto del mercado.
21. Por lo anterior, FONADE llamó al contratista para corregir dicha anomalía, pero el contratista desconociendo el principio de la buena fe contractual, se negó rotundamente aduciendo que había sido el precio pactado para dicho ítem. La interventoría le aconsejó pagar el valor así fuera desproporcionado, solo con la finalidad de no afectar el flujo de caja del contratista ni la ejecución de la obra, sin perjuicio de que en la liquidación del contrato se hicieran las compensaciones que resultaran procedentes, lo cual fue aceptado por FONADE con el único propósito de no paralizar la continuidad de la obra. Lo anterior quedó plasmado en la comunicación No. ORBI/SOE-FLO-385 suscrita por el Representante de la interventoría.
22. La situación a que hace referencia el punto anterior, fue comunicada al representante del Consorcio Kumbre, quien como respuesta manifestó – en contravía a la buena fe contractual- que ellos como constructores se atenían a lo pactado con FONADE.
23. Para ratificar el tema de la diferencia del precio del ítem 29.01.10.09, FONADE contrató los servicios de un perito Ingeniero Metalúrgico para que, entre otros asuntos, determinara el precio real de mercado que tenían esas estructuras para cuando FONADE la contrató con el

Consortio Kumbre, quedando probado que el precio que fue pagado por la convocante es totalmente injustificado, irreal y artificialmente alto.

24. Finalmente indica FONADE que la negativa del Consortio Kumbre para ajustar las condiciones económicas del ítem, y así evitar un detrimento patrimonial de FONADE y una controversia judicial, causó un grave daño económico, el cual se encuentra plenamente demostrado y cuantificado mediante el dictamen de parte. Se argumenta que el error de FONADE no puede justificar el enriquecimiento patrimonial injustificado por parte del contratista y menos tratándose de recursos públicos.

2. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDANTE.

Las pretensiones contenidas en la demanda arbitral son las siguientes:

2.1. Pretensiones Principales.

A) "Declaraciones.

PRIMERA PRINCIPAL- Que se declare que el Consortio Kumbre, integrado por las sociedades **VARGAS VELANDIA LTDA., EDIVIAL EU., y SEVILLA Y MARTÍNEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA.**, incumplió el contrato de obra No. 2071792, suscrito con el **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE**, cuyo objeto es la construcción del establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario en Florencia – Caquetá, por los hechos que resulten probados en el proceso.

SEGUNDA PRINCIPAL- Que como consecuencia de lo anterior, se condene a las sociedades **VARGAS VELANDIA LTDA., EDIVIAL EU., y SEVILLA Y MARTÍNEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA**, integrantes del consorcio Kumbre, a pagar a favor del **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE**, el valor de la cláusula penal pecuniaria pactada en la cláusula decima cuarta del contrato de obra No. 207179, esto es, el 10% del valor total del contrato, como estimación anticipada de perjuicios.

000366

PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRINCIPAL- Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento contractual, se condene a las sociedades **VARGAS VELANDIA LTDA., EDIVIAL EU., y SEVILLA Y MARTÍNEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA.**, integrantes del Consorcio Kumbre, a realizar por su cuenta y riesgo, y asumiendo todos los costos y gastos a que haya lugar, todas las obras para reemplazar en su totalidad el pasto sembrado por el contratista, por la especificación de grama ornamental contratada por el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, o por cualquiera de las especificaciones de gramas ornamentales sugeridas, conforme con lo establecido en el dictamen pericial de parte que se aporta, siguiendo además los procedimientos allí previstos; como también devolver y/o reintegrar a FONADE, la diferencia que resulte del valor pagado por FONADE para el ítem NP-069, y el valor real que costó el suministro e implantación del pasto, instalado por el Consorcio Kumbre en el establecimiento penitenciario, de acuerdo con lo que resulte probado en el proceso.

SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRINCIPAL- Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento contractual, se condene a las sociedades **VARGAS VELANDIA LTDA., EDIVIAL EU., y SEVILLA Y MARTÍNEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA.**, integrantes del Consorcio Kumbre, a pagar el costo total del reemplazo del pasto por grama, en toda el área del establecimiento sembrada; como también a devolver y/o reintegrar a FONADE, la diferencia que resulte del valor pagado por FONADE para el ítem NP-069, y el valor real que costó el suministro e implantación del pasto, instalado por el Consorcio Kumbre en el establecimiento penitenciario, de acuerdo con lo que resulte probado en el proceso.

TERCERA PRINCIPAL- Que se declare que el **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE**, pagó al contratista Consorcio Kumbre, integrado por las sociedades **VARGAS VELANDIA LTDA., EDIVIAL EU., y SEVILLA Y MARTÍNEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA.**, un mayor valor por concepto del ítem 29.01.10.09 denominado "Construcción transporte y montaje viga metálica acero estructural A36", como quiera que el precio unitario por kilogramo contratado, no corresponden con el costo real que en el mercado tiene dicha actividad.

CUARTA PRINCIPAL- Que como consecuencia de lo anterior, se condene a las sociedades **VARGAS VELANDIA LTDA., EDIVIAL EU., y SEVILLA Y MARTÍNEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA.**, integrantes del Consorcio Kumbre, a devolver y/o reintegrar a favor de FONADE, el mayor valor pagado en una suma de **DOS MIL QUINIENTOS QUINCE MILLONES CIENTO TREINTA Y UN MIL TRES PESOS.**

000367

(\$2.515.131.003), o la mayor que resulte probada en el proceso.

QUINTA PRINCIPAL- Que se condene a las sociedades **VARGAS VELANDIA LTDA., EDIVIAL EU., y SEVILLA Y MARTÍNEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA**, integrantes del Consorcio Kumbre, a pagar a favor del **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE**, el valor correspondiente a la actualización y/o indexación de las sumas antes mencionadas, desde la fecha en que debió hacerse la devolución y/o reintegro y/o pago de las sumas de dinero, y hasta la fecha en que se verifique el pago efectivo de la obligación.

SEXTA PRINCIPAL- Que se condene a las sociedades **VARGAS VELANDIA LTDA., EDIVIAL EU., y SEVILLA Y MARTÍNEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA**, integrantes del Consorcio Kumbre, a pagar a favor del **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE**, el valor correspondiente a los intereses de mora, a la tasa máxima autorizada por la Superfinanciera de Colombia, desde la fecha en que debió hacerse la devolución y/o reintegro y/o pago de las sumas de dinero, y hasta la fecha en que se verifique el pago de la obligación.

SÉPTIMA PRINCIPAL- Que se liquide judicialmente el contrato de obra No. 2071792, declarando que las sociedades demandadas **VARGAS VELANDIA LTDA., EDIVIAL EU., y SEVILLA Y MARTÍNEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA.**, integrantes del Consorcio Kumbre, deben pagar al **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE**, los valores que resulten probados de los conceptos anteriores, más la actualización y/o indexación de dichas sumas de dinero, más el valor correspondiente a los intereses de mora que se liquiden, o la superior que resulte demostrada, a la ejecutoria del laudo que ponga fin a este proceso.

OCTAVA PRINCIPAL- Que se condene en costas y agencias en derecho a los convocados.

2.2. Pretensiones Subsidiarias.

A) “Declaraciones.

PRIMERA SUBSIDIARIA- Que se declare que FONADE sufrió daños y/o perjuicios de orden económico en el marco del contrato de obra 207179, originados en el mayor valor pagado por concepto del ítem 29.01.10.09 y por la siembra del pasto realizada por el contratista, en las cuantías que resulten probadas en el proceso.

SEGUNDA SUBSIDIARIA- Que como consecuencia de lo anterior, se condene a las sociedades **VARGAS VELANDIA LTDA., EDIVIAL EU., y SEVILLA Y MARTÍNEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA.,** integrantes del Consorcio Kumbre, a pagar al **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE,** el valor de todos los daños y/o perjuicios que resulten probados en el presente proceso.

TERCERA SUBSIDIARIA- Que se condene a las sociedades **VARGAS VELANDIA LTDA., EDIVIAL EU., y SEVILLA Y MARTÍNEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA.,** integrantes del Consorcio Kumbre, a pagar al **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE,** el valor correspondiente a la actualización y/o indexación de las sumas que resulten probadas, desde la fecha que debió hacerse la devolución y/o reintegro y/o pago de las sumas de dinero, y hasta la fecha en que se verifique el pago efectivo de la obligación.

CUARTA SUBSIDIARIA- Que se condene a las sociedades **VARGAS VELANDIA LTDA., EDIVIAL EU., y SEVILLA Y MARTÍNEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA.,** integrantes del Consorcio Kumbre, a pagar al **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE,** el valor correspondiente a los intereses de mora, a la tasa máxima autorizada por la Superfinanciera de Colombia, desde la fecha en que debió hacerse la devolución y/o reintegro y/o pago de las sumas de dinero, y hasta la fecha en que se verifique el pago de la obligación.

QUINTA SUBSIDIARIA- Que se liquide judicialmente el contrato de obra No. 2071792, declarando que las sociedades demandadas **VARGAS VELANDIA LTDA., EDIVIAL EU., y SEVILLA Y MARTÍNEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA.,** integrantes del Consorcio Kumbre, deben pagar al **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE,** los valores que resulten probados en el proceso, más la actualización y/o indexación de dichas sumas de dinero, más el valor correspondiente a los intereses de mora que se liquiden, o la superior que resulte demostrada, a la ejecutoria del laudo que ponga fin a este proceso.

SEXTA SUBSIDIARIA- Que se condene en costas y agencias en derecho a los convocados."

3. LA OPOSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA FRENTE A LA DEMANDA.

En el escrito presentado el veintisiete (27) de mayo de dos mil catorce (2014) por parte de la sociedad demandada VARGAS VELANDIA LTDA. HOY XIE.

S.A., por el cual se dio contestación a la demanda, se negaron los hechos que en ella se numeraron en 18, 19, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, y 46; aceptando como ciertos, los hechos mencionados en los numerales 1, 2, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 34 y 35; con aceptación parcial de los hechos 3, 6, 17 y 20; y manifestando que no le constan los hechos del numeral 21.

En los escritos presentados el diez (10) de junio de dos mil catorce (2014) por parte de la sociedad demandada EDIVIAL EU HOY EDIVIAL INGENIERÍA S.A.S., y el treinta (30) de julio de dos mil catorce (2014) por parte de la sociedad demandada SEVILLA Y MARTÍNEZ INGENIEROS C.A. – SEMAICA C.A., por los cuales se dio contestación a la demanda, se negaron los hechos que en ella se numeraron en 18, 22, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, y 46; aceptando como ciertos, los hechos mencionados en los numerales 1, 2, 4, 5, 9, 11, 12, 13, 14, 15, 34 y 35; con aceptación parcial de los hechos 3, 16, 17, 19, 20 y 23; y manifestando que no le consta el hecho del numeral 21 y que no constituyen un hecho los numerales 6, 7, 8 y 10.

La parte demandada se opuso en las tres contestaciones a la totalidad de las pretensiones de la demanda proponiendo las excepciones de: (i) "FALTA DE PLANEACIÓN POR PARTE DE LA ENTIDAD FRENTE AL ÍTEM ESPECÍFICO "NP-069"", (ii) "EXCEPCIÓN DE CONTRATO CUMPLIDO", (iii) "INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL Y EXCEPCIÓN "NEMO AUDITUR PROPRIAM TURPITUDINEM ALLEGANS"" (iv) "EXCEPCIÓN DE COBRO DE LO NO DEBIDO", (V) "NO PROCEDENCIA DEL COBRO DE LA CLÁUSULA PENAL – PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD".

000370

III. ACTUACIÓN PROBATORIA SURTIDA EN EL PROCESO

1. El once (11) de noviembre de dos mil catorce (2014) tuvo lugar la primera audiencia de trámite en la cual el Tribunal se declaró competente para conocer del litigio puesto a su conocimiento. La audiencia se suspendió y se continuó el día y el veinte (20) de enero de dos mil quince (2015) en la cual, mediante Auto No. 11 se decretaron las pruebas solicitadas por las partes.
2. El veintiséis (26) de enero de dos mil quince (2015), se posesionó el perito contable, señor EDUARDO JIMÉNEZ RAMÍREZ.
3. El veinticuatro (24) de febrero de dos mil quince (2015), se recibió testimonio del señor PABLO ERNESTO QUINÓNEZ ZABALA, quién aportó un documento al expediente. Igualmente se recibió testimonio del señor RICARDO RUEDA TOSCANO.
4. El veinticinco (25) de febrero de dos mil quince (2015), se recibió testimonio del señor JORGE ELIÉCER VERA ROSES.
5. El veintiséis (26) de febrero de dos mil quince (2015), se recibió testimonio del señor ROY ALBEIRO MESA GUEVARA y del señor GELBER ROSAS PATIÑO.
6. El cuatro (04) de marzo de dos mil quince (2015), se recibió declaración de parte del señor JAIME VARGAS GALINDO y del señor CARLOS EDUARDO BOCANEGRA DE LA TORRE. El apoderado de la parte demandante desistió de la declaración de parte del señor ESTEBAN

000371

GONZALO SEVILLA QUINTANA, desistimiento que fue aceptado por el Tribunal.

7. El diecinueve (19) de marzo de dos mil quince (2015), dentro del término concedido por el Tribunal, el perito contable, señor EDUARDO JIMÉNEZ RAMÍREZ, presentó la experticia que le fue encomendada. Del dictamen, se corrió el traslado de ley a las partes quienes no solicitaron aclaraciones y complementaciones.
8. El cuatro (4) de mayo de dos mil quince (2015), se recibió el testimonio de JAIME EDUARDO BOTERO. El apoderado de la parte demandada desistió de la declaración de los testigos: FEDERICO CARDONA, LUIS FERNANDO SANZ y ALBERTO CARDONA, desistimientos que fueron aceptados por el Tribunal.
9. El cuatro (4) de mayo de dos mil quince (2015), se declaró concluida la etapa probatoria.
10. El día dieciocho (18) de junio de dos mil quince (2015), la doctora Claudia Elisa Garzón Soler, en su calidad de agente del Ministerio Público radicó memorial por medio del cual solicitó traslado especial con el fin de presentar el concepto que le corresponde.

Así pues, el trámite del proceso se desarrolló en quince (15) sesiones, sin incluir la de fallo, en el curso de las cuales, como atrás se reseñó, se practicaron todas las pruebas decretadas salvo las que fueron desistidas.

IV. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PRESENTADOS POR LAS PARTES

Las partes, luego de concluida la instrucción de la causa, en la forma prevista por el Art. 33 de la Ley 1563 de 2012, acudieron a la audiencia realizada para el efecto. En ella hicieron uso de su derecho a exponer sus conclusiones finales acerca de los argumentos de prueba obrantes en los autos, presentando así mismo los respectivos resúmenes escritos de las intervenciones por ellos llevadas a cabo y los cuales son parte integrante del expediente¹⁸.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora agente del Ministerio Público dentro de la oportunidad prevista por el Tribunal, emitió su concepto dando cumplimiento al numeral 7 del artículo 277 de la Constitución Política y al artículo 210 del Código Contencioso Administrativo.

En primer lugar precisa la naturaleza jurídica de FONADE y su régimen jurídico contractual, indicando en resumen que es una empresa industrial y comercial del Estado con carácter financiero y personería jurídica propia, por lo que su régimen contractual se encuentra regido en lo sustancial por el derecho privado.

Que no obstante lo anterior, los contratos de FONADE deben cumplir con el principio de selección objetiva y en general los principios de la función pública previstos en el artículo 209 de la Carta Política y que el manual de contratación de FONADE lo ratifica expresamente.

¹⁸ Folios 273 a 362 del Cuaderno principal Tomo 2

En síntesis indica que el debate jurídico se centra en determinar dos problemas así:

- El sobreprecio e el ítem 29.01.10.09 "CONSTRUCCIÓN, TRANSPORTE Y MONTAJE VIGA METÁLICA ACERO ESTRUCTURAL A36 DEL CONTRATO 2071792"
- El presunto incumplimiento del contratista en el desarrollo del ítem NP-069 para el suministro e instalación de grama.

Sobre el primer problema, comienza señalando que se encuentra probado un precio unitario artificialmente alto propuesto por el contratista y aceptado inexplicablemente por FONADE, situación que encuentra inaceptable por cuanto ello constituiría un detrimento patrimonial injustificado para la entidad pública en beneficio del contratista.

Señala que a efectos de dar aplicación al principio de selección objetiva, la entidad debe evaluar, calificar y ponderar las propuestas de acuerdo con los pliegos de condiciones y adjudicar a quien presente la mejor propuesta, por esto el precio injustificado en exceso, impide la escogencia objetiva de la propuesta y permite que el contratista obtenga un lucro indebido y se constituiría en fuente ilegítima de enriquecimiento exagerado e injustificado en detrimento del patrimonio público.

Considera que la actitud del contratista no se compadece con el principio de la buena fe pues el contratista negó rotundamente el ajuste del precio con el efímero argumento de que el precio fue convenido contractualmente.

000374

En conclusión la señora agente del Ministerio Público considera que el Tribunal deberá despachar favorablemente las pretensiones del demandante ajustando el valor pagado.

Sobre el segundo problema, señala que se encuentra probado que las partes suscribieron documento modificadorio contractual de fecha 3 de diciembre de 2009 en el que se incluyeron ítems no previstos como el de suministro e instalación de grama.

Manifiesta que se encuentra probado también que la grama sembrada correspondía a un pasto de uso alimenticio para animales de la especie *Brachiaria* y que por esto no se cumplieron los fines de la contratación.

Hace un análisis de las pruebas y concluye que existe una grave lesión económica al patrimonio público en la medida que la grama tuvo que ser retirada y reemplazada por una variedad que si cumpliera la finalidad propuesta.

Manifiesta que como existe controversia sobre la interpretación del ítem debe acudir a la aplicación de reglas objetivas o subsidiarias y para tal fin se apoya en los artículos 1620, 1621 y 1603 del Código civil.

Concluye que al no cumplirse con el propósito buscado y por el contrario sembrarse una variedad no apta, no se cumplió con la obligación que emanaba de la naturaleza de la contratación del ítem y esto redundo en un evidente incumplimiento del ítem contratado por parte del consorcio, por lo que considera que las pretensiones de la demanda tienen vocación de prosperidad.

000375

VI. TÉRMINO PARA FALLAR

De conformidad con el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, cuando las partes no señalan el término para la duración del trámite arbitral, éste será de seis (6) meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, lapso en el que deberá proferirse y notificarse incluso, la providencia que resuelve la solicitud de aclaración, corrección o adición. En consonancia con lo anterior, el artículo 11 de la Ley 1563 de 2012 establece que al término del proceso *"se adicionarán los días de suspensión, así como los de interrupción por causas legales"*.

En el presente caso, la primera audiencia de trámite tuvo lugar el día once (11) de noviembre de 2014, habiendo finalizado el veinte (20) de enero de 2015, lo que significa que la providencia que aclare, corrija o adicione el laudo arbitral, debe proferirse dentro del periodo comprendido desde el veinte (20) de enero de 2015 hasta el veinte (20) de julio de 2015; debiéndose adicionar los días que a continuación se señalan, por haber operado la suspensión.

Las suspensiones del proceso, se surtieron mediante solicitud conjunta de las partes y fueron aceptadas por el Tribunal, habiéndose suspendido en el año 2015, entre los días 21 de enero y 25 de enero, 27 de enero y 23 de febrero ambas fechas inclusive, 5 de marzo y 18 de marzo ambas fechas inclusive, y 5 de mayo y 21 de junio ambas fechas inclusive. De esta forma, por días de suspensión se suman al término de duración del proceso, 95 días calendario.

Se tiene entonces que a los seis meses de duración del proceso, se adicionan 95 días calendario, de manera que el término vence el 23 de

octubre de 2015, motivo por el cual el Tribunal se encuentra en término para fallar.

VII. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Síguese, de cuanto queda expuesto, que la relación procesal existente en este caso se ha configurado regularmente y que en su desenvolvimiento no se incurrió en defecto alguno que, por tener virtualidad legal para invalidar lo actuado en todo o en parte y no encontrarse saneado, imponga declaratoria alguna de nulidad. De la misma manera los presupuestos procesales sobre demandas en forma, competencia y capacidad de las partes se encuentran plenamente cumplidos, motivo por el cual corresponde ahora decidir sobre el mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes convocante y convocada, propósito en orden al cual son conducentes las siguientes,

1. EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CONTRATO.

Antes de establecer el régimen legal aplicable al contrato celebrado entre las partes, es importante precisar la naturaleza jurídica de éstas para luego determinar la normatividad que corresponde aplicarle a la relación contractual.

Así pues, en el caso de la parte convocante FONADE es *"una empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero, dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y vinculada al Departamento Nacional de Planeación"* como lo dispuso el artículo 1 del Decreto 2168 de 1992, modificado por el Decreto 288 de 2004 que en su artículo 1 confirmó la naturaleza jurídica de esta entidad y en el Acuerdo 03

de 2004¹⁹ expedido por la entidad en ejercicio de las competencias atribuidas por el literal b del artículo 90 de la Ley 489 de 1998.

Su régimen legal es el de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado de carácter financiero y se rige además por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero²⁰, sus propios estatutos y demás normas que le sean aplicables de acuerdo con su naturaleza. El objeto de FONADE señalado tanto en los estatutos de la entidad como en el Decreto 2168 de 1992, es el de ser agente en el ciclo de proyectos de desarrollo mediante a financiación y administración de estudios, y la coordinación de la fase de preparación de proyectos de desarrollo.

Por otro lado, la parte convocada, es decir, los miembros del CONSORCIO KUMBRE, VARGAS VELANDIA LTDA hoy XIE S.A., CARLOS EDUARDO BOCANEGRA DE LA TORRE, en calidad de representante legal de EDIVIAL INGENIERÍA S.A.S y ESTEBAN GONZALO SEVILLA QUINTANA, como representante legal de SEVILLA Y MARTÍNEZ INGENIEROS C.A SEMAICA, sociedades colombianas, todos ellos se rigen por el derecho privado.

Aclarada la naturaleza jurídica de las partes, procede el Tribunal a determinar el régimen jurídico aplicable al contrato. El parágrafo primero

¹⁹ Artículo 2°. Naturaleza jurídica. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, Fonade, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero, dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y vinculada al Departamento Nacional de Planeación y vigilada por la Superintendencia Bancaria.

²⁰ ARTICULO 286. ORGANIZACION.

1. Nombre y naturaleza. Reestructurase el Fondo Nacional de Proyectos de Desarrollo, establecimiento público del orden nacional, creado por Decreto 3068 de 1968, en una empresa industrial y comercial del estado, de carácter financiero denominada Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo FONADE dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa y vinculada al Departamento Nacional de Planeación.

2. Objeto. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo -FONADE- tiene por objeto principal ser agente en el ciclo de proyectos de desarrollo mediante la financiación y administración de estudios, y la coordinación y financiación de la fase de preparación de proyectos de desarrollo.

3. Régimen legal. El Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - FONADE - se regirá por las disposiciones contenidas en el Decreto 2168 del 30 de diciembre de 1992, por las normas relativas a las empresas industriales y comerciales el estado y por sus estatutos.

del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, vigente a la celebración del contrato (antes de su modificación por la ley 1150 artículo 15) establecía que:

"Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley sobre fiducia y encargo fiduciario, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguro y las demás entidades financieras de carácter estatal, que correspondan al giro ordinario de las actividades propias de su objeto social, no estarán sujetos a las disposiciones del presente estatuto y se registrarán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades."

En consecuencia, el régimen aplicable a la contratación de FONADE es el del derecho privado, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 21 del Decreto 679 de 1994²¹ vigente para la época de celebración del contrato, esto significa que sus actos y contratos celebrados con particulares para efectos de desarrollar su actividad funcional se rigen por el derecho privado.

Adicionalmente, no puede pasarse por alto que si bien el contrato por el cual se surtió el proceso arbitral no se encuentra regido por la Ley 80 de 1993, no puede desconocerse que dicho contrato tiene su razón de ser en los convenios interadministrativos suscritos por la entidad contratante con entidades sujetas a la Ley 80 de 1993 por su naturaleza jurídica y, que por

²¹ Artículo 21°.- De los contratos de los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y las instituciones financieras. De conformidad con lo previsto en el párrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos que celebren los establecimientos de crédito, las compañías de seguros y demás instituciones financieras de carácter estatal dentro del giro ordinario de sus negocios no estarán sujetos a las disposiciones de dicho estatuto, sino a las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades.

Por tanto no estarán sujetos a dicha ley los contratos que celebren dichas entidades para desarrollar directamente operaciones autorizadas o reguladas por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Tampoco estarán sujetos a dicha ley aquellos contratos que se efectúen en forma conexas con tales operaciones, siempre y cuando el valor del contrato conexo no exceda de mil salarios mínimos legales mensuales o del dos por ciento (2%) del presupuesto de la entidad, si esta cifra fuere superior a aquella.

Se entiende incluida dentro del giro ordinario la póliza global bancaria.

ello, se le aplicarían las normas especiales del estatuto de contratación en las materias por ella reguladas, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la Ley 489 de 1998.

El contrato en cita se celebró en el año 2007, cuando para esa época se aplicaba el régimen especial de contratación previsto en el parágrafo del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 – entidades estatales financieras-, y por ello, se sujetaba al derecho privado²². Ahora bien, las adiciones y/o modificaciones al contrato – 4 en total- se sujetaron a las normas vigentes para el 2007, siendo así, se reitera este contrato no se sujeta a las prescripciones de la Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007²³, sino por el contrario, por la excepción dispuesta en el referido 32 y sobre la base que su régimen de contratación es privado.

A esta misma conclusión llegó el Consejo de Estado al analizar la naturaleza jurídica de FONADE y el régimen aplicable a su contratación cuando sostuvo:

"Asimismo, la Sección Tercera de esta Corporación dejó claro que los artículos 2 y 32 de la Ley 80 de 1993 prescriben que las empresas industriales y comerciales, como FONADE, son entidades estatales y, por lo tanto, los contratos que suscriben son de naturaleza estatal y las controversias que se presenten sobre estos son competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

²² De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38 de la ley 153 de 1887 y así lo ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 11 de febrero de 2009, expediente 16.653, C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

²³ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38 de la ley 153 de 1887 y así lo ha reconocido la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 11 de febrero de 2009, expediente 16.653, C.P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

000380

Concretamente, de acuerdo con las consideraciones expuestas por la Sección Tercera del Consejo de Estado, quedan claros varios aspectos:

(i) FONADE es una empresa industrial y comercial del estado, dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, vinculada al Departamento Nacional de Planeación, vigilada por la Superintendencia Financiera y con domicilio en la ciudad de Bogotá.

De conformidad con el artículo 2º de la Ley 80 de 1993, los contratos que celebran las empresas industriales y comerciales del estado, como FONADE, son estatales. Por lo tanto, los conflictos que se suscitaron frente a los contratos de interventoría y consultoría son de conocimiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mediante el proceso de controversias contractuales.

Las normas sustantivas aplicables a los contratos, esto es, el régimen jurídico del contrato, no inciden en el régimen jurídico procesal aplicable para solucionar las controversias contractuales. Si bien a los contratos en cuestión se les aplican normas de derecho privado, lo cierto es que las controversias que susciten deben ser resueltas de conformidad con las normas procesales previstas en el Decreto 01 de 1984.²⁴

Para concluir, FONADE es una entidad estatal, sin embargo la normatividad aplicable a dichos contratos es el derecho privado, con las excepciones que la ley prevé frente al régimen de contratación estatal y por tratarse de contratación con recursos públicos la aplicación de los principios del artículo 209 de la Constitución Política.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Magistrado ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS, Sentencia del 27 de septiembre de 2012, Expediente N° 11001-03-15-000-2012-01628-00.

000381

2. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

A continuación procede el Tribunal a pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda, no sin antes destacar que ellas determinan el cauce dentro del cual debe proferirse la decisión final, sin que tal decisión pueda, en manera alguna, rebasar la línea trazada por el demandante cuando las formuló.

Justamente por lo anterior, la precisión a la hora de enunciar las pretensiones, que se exige como requisito de la demanda en el estatuto procesal, cobra especial relevancia.

Y es que no debe olvidarse que al laudo, como sentencia que es, se le aplica lo dispuesto en el artículo 281 del Código General del Proceso en cuanto establece que *"La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda (...)"* y previene al juzgador cuando dispone que *"No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en ésta."*

Dentro de este preciso marco legal y procesal, abordará el Tribunal el estudio de la demanda cuyas peticiones marcan el ámbito de decisión de los árbitros.

Las pretensiones de la convocante se pueden dividir en dos grupos a saber (i) una encaminada a obtener la declaratoria de incumplimiento del contrato por parte de los integrantes del CONSORCIO KUMBRE y la respectiva indemnización de perjuicios, incumplimiento que se hace consistir en que el tipo de grama instalada no correspondía a la contratada y (ii) el

reintegro de las sumas supuestamente pagadas en exceso como consecuencia del ítem "Construcción transporte y montaje viga metálica acero estructura A36".

2.1. Pretensiones relativas al supuesto incumplimiento en la instalación de la grama.

Como se mencionó, el primer grupo de pretensiones se encamina a obtener una declaratoria de responsabilidad del CONSORCIO KUMBRE fundamentada en el incumplimiento de la obligación relativa a la instalación de la grama.

Las pretensiones que se estudian en este capítulo son del siguiente tenor:

"PRIMERA. PRINCIPAL. Que se declare que el Consorcio Kumbre, integrado por las sociedades **VARGAS VELANDIA LTDA., EDIVAL EU., y SEVILLA Y MARINEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA.**, incumplió el contrato de obra No. 2071792, suscrito con el **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE**, cuyo objeto es la construcción del establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario en Florencia – Caquetá, por los hechos que resulten probados en el proceso.

"SEGUNDA PRINCIPAL. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a las sociedades **VARGAS VELANDIA LTDA., EDIVAL EU., y SEVILLA Y MARINEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA.**, integrantes del Consorcio Kumbre, a pagar a favor del **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE**, el valor de la cláusula penal pecuniaria pactada en la cláusula décima cuarta del contrato de obra No. 2071792, esto es, el 10% del **valor total** del contrato, como estimación

000383

anticipada de perjuicios.

"PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRINCIPAL. Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento contractual, se condena a las sociedades **VARGAS VELANDIA LTDA., EDIVAL EU., y SEVILLA Y MARINEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA.,** integrantes del Consorcio Kumbre, a realizar por su cuenta y riesgo, y asumiendo todos los costos y gastos a que haya lugar, todas las obras para reemplazar en su totalidad el pasto sembrado por el contratista, por la especificación de grama ornamental contratada por el **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE,** o por cualquiera de las especificaciones de gramas ornamentales sugeridas, conforme con lo establecido en el dictamen pericial de parte que se aporta, siguiendo además los procedimientos allí previstos; como también a devolver y/o reintegrar a FONADE, la diferencia que resulte del valor pagado por FONADE para el ítem NP-069, y el valor real que costó el suministro e implantación del pasto, instalado por el Consorcio Kumbre en el establecimiento penitenciario, de acuerdo con lo que resulte probado en el proceso.

"SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA SEGUNDA PRINCIPAL. Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento contractual, se condene a las sociedades **VARGAS VELANDIA LTDA., EDIVAL EU., y SEVILLA Y MARINEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA.,** integrantes del Consorcio Kumbre, a pagar (sic) el costo total del reemplazo del pasto por grama, en toda el área del establecimiento sembrada; como también a devolver y/o reintegrar a FONADE, la diferencia que resulte del valor pagado a FONADE para el ítem NP-069 y el valor real que costó el suministro e implantación del pasto, instalado por el Consorcio Kumbre en el establecimiento penitenciario, de acuerdo con lo que resulte probado en el proceso".

2.1.1. Fundamentos fácticos y jurídicos planteados por la parte convocante para soportar las pretensiones primera y segunda.

Como fundamento de este grupo de pretensiones sostiene en síntesis la convocante que, con posterioridad a la celebración del contrato, se vio en la necesidad de adicionar el mismo en el sentido de incluir el suministro e instalación de grama para la ornamentación de las edificaciones. Por ello, se modificó el contrato incluyendo éste y otros ítems y se convino que se pagaría por cada metro cuadrado de grama instalada, la suma de \$19.595.

Una vez recibidas las obras se evidenció que la especie sembrada era del tipo brachiaria sp – usado en la alimentación de ganado – y la cual a juicio de la convocante, no es la recomendada para uso ornamental ya que crece demasiado rápido y requiere un alto costo en mantenimiento, razón por la cual considera que se incumplió el contrato.

2.1.2. Argumentos de defensa planteados por La parte convocada.

Las convocadas se opusieron a la declaratoria de incumplimiento con fundamento en que el género brachiaria pertenece a la familia de las gramas y por lo tanto lo ejecutado se adecua a lo pactado por las partes. Adicionalmente señalan que en el plan de manejo ambiental entregado por Fonade al Consorcio, se recomendó la siembra de pasto "braquiara" por ser una especie adaptada a las condiciones de la zona y resistente a los suelos y factores climáticos. Finalmente indicaron que el pasto instalado es usado para uso ornamental siempre que se le dé un adecuado mantenimiento, lo cual no sucedió en este caso.

000385

2.1.3. El Concepto del Ministerio Público.

Por su parte el Ministerio Público considera que no se cumplieron los fines de la contratación estatal. Sostiene que en el presente caso nos encontramos ante un contrato Estatal, y ello implica una obligación que la obligación del contratista no se limita solo al cumplimiento de lo establecido en el contrato sino a cumplir con los fines del Estado. Lo anterior entrelazado con el principio de buena fe, por virtud del cual las obligaciones van más allá de lo expresamente establecido por las partes.

Así en el caso *sub examine* el Ministerio entiende que la manera como fue suministrado el "Ítem" no satisface las necesidades del contrato, por cuanto su finalidad no era más que el centro carcelario contara con un área alrededor de zonas verdes a manera de prado o grama y que aquella suministrada por el contratista no es apta para dicha finalidad.

Como consecuencia de lo anterior concluyen que se da un incumplimiento del ítem contratado, lo que condujo a que el fin propuesto no se evidenciara y que como consecuencia de ello FONADE incurriera en gastos adicionales.

2.1.4. Consideraciones del Tribunal

Bien es sabido, que la declaratoria de responsabilidad contractual exige el incumplimiento de una obligación previamente adquirida. En ese sentido el contrato se convierte en la fuente primordial a la cual se debe acudir a fin de establecer si las partes atendieron sus compromisos, pues será en él donde estará la mayoría de ellos, sin perder de vista que podrá ser integrado por la ley y el principio de la buena fe.

En esos términos, lo primero que habrá de establecer el Tribunal, a efectos de determinar si existió o no el incumplimiento que se les reprocha a los integrantes del CONSORCIO KUMBRE, es la existencia y el contenido de la obligación que en punto de la instalación y suministro de césped, éste adquirió con Fonade.

Tal y como lo reconocen las partes y como se evidencia con el otrosí de 3 de diciembre de 2009²⁵, el suministro e instalación de césped no era una actividad que se hubiese acordado desde el inicio del contrato sino que fue posterior a éste. Sin embargo es importante resaltar que en la oferta que presentó el CONSORCIO KUMBRE, se previó, en las obras exteriores, las zonas con pastos, para lo cual se ofreció un precio de \$486 el metro cuadrado.

Revisado dicho otrosí de 3 de diciembre de 2009, el Tribunal observa que las partes no pactaron expresamente la instalación y suministro de pasto braquiaria ni tampoco precisaron la especie que debía sembrarse sino que se contrató simplemente la instalación "*en grama en cespедones*" (sic), esto es, la instalación de grama mediante "*planchas de césped crecido que se extraen de un terreno de cultivo*".²⁶ Por ello, y dado que según lo expresado por el Ingeniero Gelber Rosas Patiño en su declaración, existen 650 géneros que integran la familia de las gramíneas o poaceae, entre ellas el braquiaria, el Tribunal habrá de acudir a los criterios de interpretación de los contratos y a los documentos que forman parte del negocio, a fin de establecer el objeto de la obligación adquirida por la parte convocada.

El artículo 1618 del Código Civil dispone como primera regla de interpretación de los contratos que "*conocida claramente la intención de*

²⁵ Ver folio 458 a 461 vuelto del cuaderno de pruebas número 1.

²⁶ Ver dictamen pericial presentado por el Pablo Augusto Lamprea folio 1623 del cuaderno de pruebas número 4.

los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

En relación con el tipo de grama que las partes pactaron, es esclarecedor el testimonio del señor Pablo Ernesto Quiñones Zabala quien estuvo presente durante la ejecución del proyecto y en especial en las discusiones que se tuvieron para efectos de celebrar el otrosí número 3, pues trabajó para la sociedad que tuvo a su cargo la interventoría del contrato.

Sobre el particular el señor Quiñones señaló lo siguiente:

"(...) pues traer pastos de otra parte no nos pareció muy conveniente, dado que la zona donde se desarrolló propiamente el proyecto, las 17 hectáreas, hubo que remover el suelo completamente, entonces lo que se propuso a Fonade y fue propuesto por el señor constructor, por el Consorcio Kumbre, fue sacar unos cespedones de las zonas del lote de mayor extensión para trasladarlas a la zona donde se desarrolló el proyecto y cobraba únicamente el traslado, el cargue, el transporte y la colocación de este cespedón sin cobrar el cespedón.

"En efecto después de discutir en varias ocasiones con los señores de estudios previos de Fonade, el análisis unitario presentado se llegó a unos valores y se decidió que así se hacía, se sacaban cespedones de otra parte del proyecto, del lote de mayor extensión y se trasladaban a las zonas que se llamaban empradizadas dentro del proyecto del Centro Penitenciario²⁷.

(...)

DR. TRONCOSO: De acuerdo. ¿Recuerda usted si el suministro fue pagado, fue considerado?

SR. QUIÑONES: No, el material pasto, digamos, los cespedones y en eso traté de ser claro, se utilizaron los cespedones del mismo lote de propiedad de la entidad contratante que estaban dentro del lote de mayor extensión, se sacaron cespedones de ahí, se trasladaron a los sitios que se removieron, los suelos que se removieron para la construcción del proyecto²⁸.

(...)

DR. ESTRADA: ¿Usted habló ahorita aquí al Tribunal y le dijo que había un acta de acuerdo para instalar pasto, esa acta es posterior a este otrosí

²⁷ Folio 3 de su declaración.

²⁸ Folio 6 de la declaración.

o anterior a este otrosí?

8880000

SR. QUIÑONES: Acta no, un análisis de precio unitario, APU.

DR. ESTRADA: ¿Forma parte, ese otrosí es anterior o es posterior?, es la pregunta.

SR. QUIÑONES: No, eso es anterior, si ya está el formato de adición, de la adición del contrato, está con un NP identificado, ese número lo asigna Fonade, tuvo que haber estado conciliado y definido conjuntamente con Fonade.

DR. ESTRADA: ¿Usted le puede explicar al Tribunal por qué si conforme a lo que usted señaló al responder otras preguntas lo que se acordó instalar era pasto el ítem que se contrata es grama?

SR. QUIÑONES: La grama no estaba definida como tal, no la definen en ninguna parte, lo que sí definen es el pasto.

DR. ESTRADA: Pero excúseme arquitecto, que pena la insistencia, pero el ítem que se contrató fue grama, es lo que acabamos de leer.

SR. QUIÑONES: Sí, cespedones en grama y si mal no estoy en el APU que debe estar, se dice grama de la Región²⁹.

(...)

Y luego hay un otrosí donde se incluye un ítem no previsto y se habla con precisión de grama, ¿esa diferencia entre pasto y grama en el otrosí fue objeto de algún tipo de debate, usted opinó frente a si era grama o pasto cuando se ejecutó la obra?

SR. QUIÑONES: No le encontramos diferencia fundamental en el debate que le dimos a ese análisis de precio unitario³⁰.

(...)

DR. ESTRADA: Le pregunto entonces arquitecto, ¿conforme a su conocimiento del contrato y su función de interventor, era un tema de elección del contratista el pasto a instalar o era el pasto que se había acordado en el modificadorio suscrito por las partes?

SR. QUIÑONES: En el modificadorio, por lo menos en la reunión en que se definió esa especificación definimos lo siguiente: Como se escribió exactamente fue como grama en cespedones de la Región y básicamente acordamos que siendo un lote de mayor extensión y habiendo zonas con pasto de la Región que estaban en buen estado,

²⁹ Folios 10 y 11 de la declaración.

³⁰ Folio 11 de la declaración

000389

se podían reubicar en cespedones en el sitio del proyecto.³¹

(...)

DRA. GARZÓN: No, es que como se refieren a esta acta no me es clara el acta si esta acta incluye el suministro, esa es la pregunta.

SR. QUIÑONES: No, lo que es pasto propiamente dicho no se cobró porque estaba dentro del mismo lote, del mismo predio de propiedad de Fonade"³². (Subrayados fuera del texto)

Lo declarado por el funcionario de la interventoría pone en evidencia tres conclusiones que resultan ilustrativas para la interpretación que aquí se efectúa: (i) que realmente lo buscado por las partes cuando se contrató el suministro e instalación de grama fue que el contratista tomara cespedones del predio de mayor extensión y los instalara en aquellos sitios que debían ser repoblados; (ii) que para Fonade y para el contratista no existía diferencia alguna entre pasto y grama sino que siempre se habló de la siembra de pasto de la región; y (iii) que en el momento de la negociación del precio unitario, no constituyó preocupación alguna de las partes la especificación técnica y precisa del tipo de grama que se debía suministrar.

Es importante tener igualmente en cuenta que desde la estructuración del proyecto se contempló la necesidad de cubrir con césped varias zonas de la cárcel. En efecto, en el Plan de Manejo Ambiental elaborado por el Consorcio Cárceles 2005 para la construcción del establecimiento penitenciario de mediana seguridad y carcelario de Florencia, se indicó, dentro del programa de mitigación y compensación, la necesidad de "empradizar", esto es, de sembrar prado, actividad que debía ejecutarse en el patio de maniobras, en el campamento, en la zona de talleres, en la zona de disposición final y en las superficies de embellecimiento colaterales a edificaciones.

³¹ Folio 11 de la declaración.

³² Folio 20 de la declaración.

000390

Sobre la especie vegetal que debía instalarse en dichas zonas, el Plan de Manejo Ambiental recomienda, en la ficha número 4, *"el empleo de pasto Braquiaria"* e indica igualmente que *"El Contratista podrá modificar la especies (sic) a sembrar siempre y cuando se garanticen las condiciones de adaptabilidad y resistencia"* que son precisamente las razones por las cuales consideró la firma consultora que debía ser aquél el pasto a sembrarse³³.

Por su parte el Apéndice E que se refiere al manejo y gestión ambiental de los pliegos de la licitación, dispone que durante la etapa de construcción sería de obligatorio cumplimiento para el contratista, entre otros, el *"PLAN DE MANEJO AMBIENTAL, diseñado para el Proyecto durante su etapa de construcción"*, el *"Inventario Forestal y Diseño de Repoblación Vegetal y Empradización del Proyecto"* y las *"Fichas de Manejo Ambiental, las cuales delimitan el accionar del Programa de Implementación y definen los alcances medibles de ejecutar por el Contratista y de su evaluación periódica por parte de la Interventoría, mediante las Listas de Chequeo y el desempeño ambiental alcanzado"*.

Ahora bien, sostiene la parte convocante que grama y pasto son conceptos totalmente diferentes y por ello, dado que lo pactado por la partes fue grama, todos los acuerdos y estudios previos que se refieren a pasto no pueden ser tenidos en cuenta.

Para fundamentar su tesis, hace referencia al dictamen pericial de parte allegado con la demanda y elaborado por el Ingeniero agrónomo Pablo Augusto Lamprea en donde se indica que pasto y grama son plantas

³³ Ver folio 279 del cuaderno de pruebas número 5.

diferentes, el primero se usa para la alimentación de ganado³⁴ mientras que el segundo para el embellecimiento paisajístico, característica que no tiene el primero pues *"es susceptible de ser atacado por toda clase de plagas y enfermedades propias de los pastos, que demanda unos altos costos de mantenimiento"*.

A pesar de lo anterior, las demás pruebas técnicas que obran en el expediente, estas son, la comunicación de 13 de agosto de 2013 remitida por el Instituto Colombiano Agropecuario ICA así como el documento elaborado por el Ingeniero Gelber Rosas Patiño, concluyen que el pasto braquiaria y el césped solo se diferencian en que son especie y género respectivamente.

En efecto, sobre el tipo de pasto que era el braquiaria en la comunicación 2.19.0 de 13 de agosto de 2013, el Instituto Colombiano Agropecuario al responder la pregunta *"La especie sembrada y recomendada en el PMA 'pasto Brachiaria' corresponde o no a una grama?"* contestó *"Al respecto es importante hacer claridad que se denominan gramas a todas las especies que componen la familia de las Poaceae a cuya familia pertenece el género Brachiaria y la accesión B. humidicola, por tanto se puede concluir que sí corresponde a una grama"*³⁵.

En el mismo sentido, en el documento presentado por la convocada y elaborado por el ingeniero Gelber Rosas Patiño se indicó *"se denominan gramas a todas las especies que componen la familia de las Poaceae y son utilizadas generalmente para el establecimiento de pasturas, también pueden ser usadas para embellecimiento para lo que se requiere realizar*

³⁴ Ver folio 1632 del cuaderno de pruebas número 4

³⁵ Ver folio 365 del cuaderno de pruebas número 5

000392

podas, fertilización y control de malezas"³⁶.

De esta forma, encuentra el Tribunal en el expediente tres opiniones técnicas provenientes de la parte convocante, de la parte convocada y de un tercero, de las cuales dos coinciden en afirmar que la braquiaria puede ser considerada un tipo de grama. Sin embargo y a pesar de que esta discusión ocupó buena parte de las pruebas allegadas al proceso, no se advierte que ella se haya presentado durante la ejecución del contrato en la cual los documentos correspondientes dan cuenta, como quedó expuesto, que no constituyó preocupación de los contratantes determinar con precisión técnica el tipo de grama a instalar, lo cual, muy por el contrario, pasó inadvertido limitándose ellas a mencionar la expresión "grama" en el precio unitario y la expresión "braquiaria" en el plan de manejo ambiental. Tampoco se allegó prueba relativa a que hayan consultado expertos para precisar el alcance de las expresiones utilizadas en los documentos contractuales lo cual resulta por cierto perfectamente razonable en un contrato cuyo objeto principal consistía en la construcción de un establecimiento carcelario pues lo cierto es que la instalación de grama o césped ornamental no constituye uno de los ítems críticos del contrato ni mucho menos el objeto central del mismo.

En efecto, debe tener en cuenta el Tribunal que en una obra de ingeniería como la contratada en este caso, es claro que la especificación técnica precisa y detallada de la instalación del pasto en las zonas verdes, no tiene la entidad suficiente para que las partes en la etapa precontractual hayan tenido una discusión sobre las características específicas y concretas de los pastos a instalar. Se deduce de los testimonios rendidos en el proceso así

³⁶ Ver folio 381 del cuaderno de pruebas número 5

000393

como de los documentos aportados como prueba, que no se dio en el curso de la ejecución contractual y de la instalación del ítem grama, una controversia sobre la característica que debía cumplir aquella. Tampoco aparece prueba en el expediente de que no haya sido recibida o de que se haya aceptado su instalación con reparos por parte de la interventoría o de la entidad, lo cual pone de manifiesto que durante el cumplimiento de la obligación no surgió para las partes duda alguna sobre las características propias de lo que se estaba instalando.

El deber del Juez al intentar desentrañar la intención de las partes, no puede centrarse exclusivamente en las alegaciones que ya en el curso del proceso y una vez surgido el conflicto, las partes proponen, sino que debe atender con mayor fuerza los documentos, escritos, opiniones y conceptos que se hubiesen emitido en la etapa contractual o en la etapa precontractual, es decir, aquellos que en su momento fueron producidos por los contratantes sin el apremio de fijar una posición procesal y sin las prevenciones que se generan cuando ya entre ellas se ha producido un conflicto.

Ese análisis de lo ocurrido desde la etapa previa a la celebración del contrato, e incluso en la negociación del precio del ítem en discusión, pone en evidencia que para el Consorcio y para Fonade nunca constituyó preocupación establecer con exactitud un tipo de grama específico sino que el sentido de la obligación se encaminaba a que en determinadas zonas de la construcción, se instalaran espacios verdes para ofrecer una mayor estética y embellecimiento del lugar. Y en ese marco de intercambio de opiniones desprevenidas y realizadas por expertos en construcción pero no en agronomía, es que el Tribunal debe interpretar el querer de los contratantes pues lo cierto es que si el interés de alguna de las partes fuera la instalación de un tipo especial de grama o césped, su individualización y

determinación técnica habría sido cuando menos objeto de discusión.

Nada de ello se advierte en los documentos contractuales, y por esa razón la interpretación que aquí se efectúa encaminada a determinar el objeto de la prestación, debe consultar los criterios antes expuestos por encima de las discusiones de los ingenieros agrónomos sobre las familias de gramas y sus características propias, que solo se dieron en el curso del proceso.

De esta forma, con fundamento en la intención de las partes, en el plan de manejo ambiental elaborado para la construcción de la cárcel y en las discusiones sostenidas durante la negociación del precio correspondiente al ítem conforme lo relató el funcionario de la interventoría, es claro que lo pactado en el mencionado otrosí fue precisamente el suministro de un pasto que se adaptara a las condiciones de la región, el cual terminó siendo del tipo braquiaria que por lo demás y con apoyo en los conceptos técnicos allegados al proceso, constituye una especie de grama.

Y si se requiere de un argumento adicional que refuerce la anterior conclusión, basta con acudir a la conducta contractual de las partes en relación con la instalación, entrega y recibo del ítem, respecto de la cual no existe prueba de que Fonade o su interventor hayan efectuado reparos sobre el cumplimiento de la prestación o se hayan negado a su pago con el fundamento de que la obligación se incumplió o se cumplió defectuosamente. Revisado el material probatorio allegado al proceso, no se observa que en relación con la instalación de la grama haya habido conflicto alguno entre las partes o se hayan dejado observaciones ni mucho menos que la entidad contratante se haya opuesto al reconocimiento económico correspondiente, por lo cual es claro que hasta después del cumplimiento de la prestación, no existió entre ellas controversia alguna que

lleve al Tribunal a reevaluar el criterio de interpretación hasta aquí propuesto

En los anteriores términos y atendiendo a la intención de las partes, debe concluirse que la instalación del ítem grama se realizó conforme a lo que las partes del contrato entendieron y convinieron al momento de acordarlo y por ello no resulta posible concluir que existe un incumplimiento atribuible al CONSORCIO KUMBRE a partir del cual se pueda edificar una declaratoria de responsabilidad en los términos solicitados en el primer grupo de pretensiones de la demanda.

De esta forma, y en la medida en que el grupo de pretensiones principales y subsidiarias que aquí se estudian reposa íntegramente sobre un presunto incumplimiento de la parte convocada, que no resultó probado, el Tribunal habrá de despachar desfavorablemente esas pretensiones y así se consignará en la parte resolutive de esta providencia.

2.2. Pronunciamiento del Tribunal sobre las pretensiones tercera y cuarta principales y primera y segunda subsidiarias relacionadas con el mayor valor pagado en el ítem 29.01.10.09 del contrato No. 2071792 relativo a la "Construcción, Transporte y Montaje de viga metálica de Acero Estructural a36".

En el presente acápite este Tribunal de Arbitramento iniciará el análisis de las pretensiones tercera y cuarta de la demanda que **FONADE** formuló contra los integrantes del consorcio **KUMBRE**. Para el efecto, luego de examinar los argumentos de las partes y del Ministerio Público en relación con el cargo de la demanda referente al supuesto mayor valor pagado del ítem 29.01.10.09 y, asimismo, sopesar y darle mérito al material probatorio obrante en el proceso, el Tribunal, procederá a plantear sus consideraciones para

resolver los problemas jurídicos inherentes al caso bajo estudio y, de esta forma, decidir sobre las solicitudes de las partes.

Antes de abordar lo anterior, es necesario reproducir parte de las REGLAS DE PARTICIPACIÓN DEL PROCESO DE SELECCIÓN IPG 1958-19507 "CONSTRUCCIÓN DE ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD Y CARCELARIO, EN FLORENCIA CAQUETÁ":

"1.6 RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL PROCESO DE SELECCIÓN Y AL CONTRATO

"El presente proceso de selección y el contrato que de él se derive, se sujetaran a la Constitución Política, a la normatividad que regula a las empresas industriales y comerciales del estado de carácter financiero, a lo regulado en el Manual de Contratación de FONADE contenido en el Acuerdo 02 del 25 febrero de 2003 y modificado por el Acuerdo 06 del 5 de agosto de 2003 expedidos por la junta directiva de FONADE y a lo especialmente previsto en estas reglas de participación. El contenido del manual de contratación puede ser consultado a través de la página web de FONADE www.fonade.gov.co."

"2.1 CONDICIONES GENERALES DE LA PROPUESTA

2.1.1 RESPONSABILIDAD EN SU ELABORACIÓN

"Los proponentes deberán elaborar por su cuenta y riesgo la propuesta para el Contrato, de acuerdo con lo solicitado en estas reglas de participación y sus modificaciones, e incluir dentro de la propuesta toda la información exigida. La propuesta, junto con los ajustes que se puedan presentar por solicitud de FONADE, formará parte integral del contrato."

En el Manual de Contratación de FONADE contenido en el Acuerdo 02 del 25 de febrero de 2003, se estableció en el artículo segundo:

"ARTICULO SEGUNDO. PRINCIPIOS, ALCANCE Y NORMATIVA APLICABLE. En las actuaciones de la contratación de FONADE para la ejecución de negocios de su giro ordinario se tendrán en

cuenta los principios que rigen la administración pública contenidos en el artículo 209 de la constitución política, las reglas del derecho común y las que se desarrollen de manera específica en el presente manual."

000397

En el parágrafo segundo de la cláusula segunda del Contrato se estableció:

"PARÁGRAFO SEGUNDO: Las cantidades de obra previstas en el forma No 09 "Propuesta económica" son aproximadas y están calculadas según las necesidades estimadas del proyecto objeto del presente contrato, razón por la cual se podrán aumentar, disminuir o suprimir durante la ejecución de la obra. EL CONTRATISTA está obligado a ejecutar mayores cantidades de obra que resulten necesarias para la ejecución del objeto contractual a los mismos precios contenidos en el formato No 09 "Propuesta económica", con los respectivos ajustes de conformidad con la cláusula tercera del presente contrato, previa autorización por parte de la INTERVENTORÍA."

La cláusula vigésima primera del Contrato establece:

"CLAUSULA VIGÉSIMA PRIMERA – OMISIONES. Cualquier omisión, error o vicio en los ítems contenidos en el formato No 09, en las especificaciones técnicas o en los planos y demás documentos e información técnica que al momento del estudio para la presentación de la propuesta económica debió advertir el proponente o que advirtiéndolo no lo informó oportunamente a FONADE antes de la presentación de la oferta, será de su responsabilidad exclusiva y, en tal virtud, los mayores costos, atrasos en el cronograma de ejecución, defectos o vicios de la construcción serán asumidos íntegramente con su patrimonio. Así mismo, las omisiones o errores en el cálculo de la mano de obra, materiales, rendimientos de maquinarias y, en general, cualquier otro componente de los precios unitarios, serán de exclusiva responsabilidad del CONTRATISTA y, por tanto, FONADE no realizará ningún reconocimiento por estos conceptos."

Así las cosas, y con las anteriores premisas contractuales, procede el Tribunal a exponer los:

2.2.1. Fundamentos fácticos y jurídicos planteados por la parte convocante para soportar las pretensiones tercera y cuarta principales y primera y segunda subsidiarias de la demanda, en relación con el sobrecosto del ítem 29.01.10.09.

En la pretensión tercera de la demanda **FONADE** solicita que se declare que pagó un mayor precio al contratista frente al ítem 29.01.10.09³⁷:

"Que se declare que el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - Fonade, pagó al contratista Consorcio Kumbre, integrado por las sociedades VARGAS VELANDIA LTDA., EDIVIAL EU., y SEVILLA MARINEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA, un mayor valor por concepto del ítem 29.01.10.09 denominado "construcción, transporte y montaje viga metálica acero estructural A36", como quiera que el precio unitario por kilogramo contratado, no corresponde con el costo real que en el mercado tiene dicha actividad".

Como corolario de lo anterior, FONADE, en la pretensión cuarta principal, solicita que se condene a los integrantes del CONSORCIO KUMBRE "a devolver y reintegrar en favor de FONADE el mayor valor pagado en una suma de dos mil quinientos quince millones ciento treinta y un mil tres pesos (\$2.515.131.003) o el mayor que resulte probado en el proceso".

Por su parte en la pretensión primera subsidiaria FONADE solicita que se declare que sufrió perjuicios así:

"Que se declare que FONADE sufrió daños y/o perjuicios de orden económico en el marco del contrato de obra 2071792, originados en el mayor valor pagado por concepto del ítem 29.01.10.09 y por la siembra del pasto

³⁷ Folio 4 del Cuaderno Principal Tomo 1

realizada por el contratista, en las cuantías que resulten probadas en el proceso".

000399

En consecuencia solicita en la pretensión segunda subsidiaria lo siguiente:

"Que como consecuencia de lo anterior, se condene a las sociedades VARGAS VELANDIA LTDA., EDIVIAL EU y SEVILLA Y MARÍNEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA, integrantes del Consorcio KUMBRE, a pagar al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, el valor de todos los daños y/o perjuicios que resulten probados en el presente proceso".

Las anteriores pretensiones son sustentadas por la parte convocante sobre la base de que, pese a que en los estudios previos que llevó a cabo la entidad contratante se fijó un precio menor, en razón de la oferta económica que presentó el contratista CONSORCIO KUMBRE, dentro del contrato de obra No. 201221267, se le fijó al ítem 29.01.10.09 "construcción, transporte y montaje viga metálica acero estructural A36", un precio unitario de \$114.329 proporcional a cantidades de 49 kilogramos, el cual, no resulta proporcional al costo de mercado.

Continuando con su argumentación, la parte convocante señala que, en la medida en que se aumentó considerablemente la cantidad de kilogramos a ejecutar dentro del ítem 20.01.10.09 como consecuencia de los nuevos diseños del trazado de los viaductos, el 3 de junio de 2010³⁸, el gerente del convenio de FONADE, invitó al contratista a presentar nuevos precios unitarios en relación con el valor estipulado en el contrato en relación con este ítem. Pese a lo anterior, el contratista a través de comunicación del 10

³⁸ Folio 638 del Cuaderno de Pruebas Tomo 2

de junio de 2010³⁹, se negó a esta modificación, aduciendo que el ítem 29.01.10.09 se le debía pagar al precio estipulado en el contrato.

000400

Así, en la demanda se afirma que tal negativa, le ocasionó un detrimento patrimonial a FONADE del orden de DOS MIL QUINIENTOS QUINCE MILLONES CIENTO TREINTA Y UN MIL TRES PESOS (\$2.515.131.003) por concepto del mayor valor pagado en relación con el ítem 29.01.10.09 y como soporte allega un experticia elaborado por el Ingeniero Metalúrgico Germán Emilio Moreno Ibáñez⁴⁰ y, esta es la razón, por la que solicita que le sea reintegrada la suma pagada en exceso.

2.2.2. Argumentos de defensa planteados por la parte convocada.

Por su parte, en las oportunidades previstas para el traslado de la demanda y para los alegatos de conclusión, el CONSORCIO KUMBRE, se opuso a las pretensiones tercera y cuarta de la demanda, para sostener, principalmente, que el detrimento patrimonial que sufrió FONADE se originó en la falta de planeación de la entidad estatal; situación que – se precisa- llevó a que se modificaran las condiciones inicialmente pactadas en el contrato, estatal, haciendo que el contratista tuviera que garantizar el suministro de agua del establecimiento penitenciario en las difíciles condiciones geográficas y ambientales en que fue necesario ejecutar los nuevos diseños del viaducto que propuso la entidad contratante.

En este mismo sentido, la parte convocada adujo que el Consorcio presentó una oferta económica que fue escogida dentro del proceso de selección como la más favorable para los intereses estatales, lo que – en su entender-

³⁹ Folio 640 del Cuaderno de Pruebas Tomo 2

⁴⁰ Folio 1722 y ss. del Cuaderno de Pruebas Tomo 4

008401

es indicativo de que el precio estipulado en el contrato en relación con el ítem 29.01.10.09 guarda plena conformidad con el análisis técnico y económico planteado por el Consorcio, el cual, ciertamente, era un valor objetivo que comprendía los costos que tuvo que asumir el contratista en lo atinente al montaje de los viaductos por las difíciles condiciones geográficas y topográficas en las que tuvo que llevarse a cabo el proyecto.

Asimismo, la parte convocada planteó que, con fundamento en la necesidad de realizar ajustes y modificaciones en relación con el diseño del proyecto de establecimiento penitenciario para la adecuación de un viaducto, fue necesario contratar personal profesional adicional y, asimismo, que tuvo que incurrir en costos agregados para acondicionar el proyecto a los nuevos requerimientos de la entidad contratante.

Sobre esta base es que la parte convocada afirma que los costos que tuvo que asumir en relación con la ejecución de las actividades de adecuación del viaducto, también deben entenderse incluidos dentro del precio fijado para el ítem 29.01.10.09, de suerte que, –afirma la parte convocada - al tener en cuenta los costos derivados de la modificación del trazado y los diseños de los viaductos del Acueducto, se puede evidenciar que el precio estipulado en el contrato guarda una justa relación con el precio del mercado.

Finalmente, la parte convocada sostiene que en la comparación de precios que hizo el ingeniero metalúrgico contratado por FONADE y aportada al proceso para acreditar el mayor valor pagado en el ítem 29.01.10.09, se incurrió en el error de no incluir el precio relativo a la pintura de acabado de las estructuras metálicas y que además las actividades desarrolladas en el ítem 29.01.10.09 y el ítem 03.53 eran muy diferentes por lo que no son

000402

comparables; circunstancia que, según se establece en los alegatos de conclusión del CONSORCIO KUMBRE y en la prueba documental allegada por éste⁴¹, es indicativa del hecho de que el precio unitario del ítem 29.01.10.09 no resultaba comparable con el supuesto precio de mercado aplicable y que no tiene en cuenta los costos que demanda la fabricación, el suministro, el transporte y el montaje en situaciones complejas.

2.2.3. El concepto del Ministerio Público.

La Procuraduría Tercera Judicial Administrativa Delegada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en representación del Ministerio Público manifestó en su concepto que se había acreditado el supuesto mayor valor pagado en el ítem 29.01.10.09 del contrato de obra No. 2071792 relativo a la *"Construcción, transporte y montaje de viga metálica de acero estructural A36"*.

Así, al entender que tal coyuntura llevó a que no se cumpliera la finalidad de seleccionar la oferta más favorable, el Ministerio Público consideró que se había transgredido el principio de selección objetiva consagrado en el artículo 29 de la Ley 80 de 1993, el cual, a su vez, se encuentra reproducido en el manual de contratación de FONADE.

Bajo este entendido, indica el Ministerio Público que la actuación del contratista CONSORCIO KUMBRE de negarse a la solicitud de la entidad contratante de reajustar el precio que se había estipulado en relación con el ítem 29.01.10.09, el cual, era claro que resultaba desproporcionado, evidencia una inobservancia del deber de actuar con lealtad y honestidad

⁴¹ Informe Ingeniero Enrique Rueda Toscano. Folio 548 del cuaderno de pruebas No. 5

bajo los cánones que impone el principio de la buena fe. A este respecto, manifiesta el Ministerio Público lo siguiente:

*"Es así, como no se compadece con el principio de la buena fe ya expuesto, la actitud del contratista, quien a pesar de ser requerido para el ajuste del precio del ítem por parte del contratante, se negó, argumentando, que el precio era el contratado, sin tomar en consideración los precios del mercado que indicaban un evidente, exagerado e inusitado sobrecosto"*⁴².

Por todo lo anterior, el Ministerio Público considera que se debería acceder a las pretensiones de la parte convocante, a fin de que se declare el sobrecosto pagado por FONADE al contratista frente al ítem 29.01.10.09 y, de esta forma, se le ordene al contratista devolver y reintegrar en favor de FONADE el mayor valor pagado. La intervención del Ministerio Público concluye así:

*"En tal sentido, a juicio de este despacho deberá el Tribunal de Arbitramento despachar favorablemente las pretensiones del demandante, ajustando el mayor valor pagado por el ítem 20.01.10.09 "construcción, transporte y montaje en viga metálica acero estructural A36", teniendo en cuenta el evidente sobrecosto en el aparte de kilo hierro"*⁴³.

2.2.4. El supuesto mayor valor pagado del ítem 20.01.10.09 "construcción, transporte y montaje en viga metálica acero estructural A36".

El problema que se plantea en la controversia relativa a este punto, se concreta en determinar si efectivamente existió un mayor valor pagado en

⁴² Procuraduría Tercera Judicial Administrativa Delegada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Concepto del Ministerio Público. Pág. 21.

⁴³ Procuraduría Tercera Judicial Administrativa Delegada ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Concepto del Ministerio Público. Pág. 22.

el valor unitario del ítem 29.01.10.09 denominado "Construcción, Transporte y Montaje viga metálica Acero Estructural A36" valor que fue reconocido y pagado por FONADE a favor del CONSORCIO KUMBRE en virtud del contrato de obra No. 2071792 en varias actas parciales y de concluir que lo hubo, resolver dos problemas jurídicos así: el primero, determinar si como consecuencia del sobrecosto el contratista debe devolver y reintegrar a FONADE el mayor valor pagado; y el segundo, determinar si FONADE sufrió daños y perjuicios originados en esa situación.

El hecho determinante sobre el que FONADE sustenta su pretensión relativa a la devolución del mayor valor pagado frente al ítem 20.01.10.09 "*construcción, transporte y montaje en viga metálica acero estructural A36*" parte de la base de que el precio unitario por kilogramo contratado, no se corresponde con el costo real que en el mercado tiene dicha actividad.

Al examinar las pruebas aportadas y practicadas válidamente en el proceso y atribuirle, conforme a los principios de la sana crítica, el mérito que les corresponde, este Tribunal encuentra acreditado que el valor unitario que se fijó en la oferta económica del CONSORCIO KUMBRE en relación con el ítem 29.01.10.09 y que fue – como lo sostiene el Ministerio Público – inexplicablemente aceptado por FONADE e incorporado al contrato estatal de obra, representaría un valor artificialmente alto que no guarda correspondencia alguna con el valor del mercado de este ítem.

Si bien a la parte convocada le asiste la razón cuando controvierte la afirmación de FONADE de que, en los documentos y estudios previos del proceso de selección⁴⁴, con respecto al ítem 29.01.10.09 se estipuló un valor

⁴⁴ Folios 610-630 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

0002405

correspondiente a SIETE MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$7.234), toda vez que, en realidad, está probado⁴⁵ que en el presupuesto establecido en los documentos previos que elaboró FONADE no se hizo referencia al precio unitario del ítem 29.01.10.09, sino que únicamente se hizo expresa referencia a la cantidad de ese material que en la obra habría de emplearse, lo cierto es que, el dictamen pericial de parte y las comunicaciones del interventor ofrecen total credibilidad en relación con la existencia de un supuesto mayor valor pagado en relación con ese ítem.

En efecto, al proceso arbitral también se allegaron pruebas que acreditan que, desde la fase de ejecución del contrato, el interventor de la obra, dejó constancia del hecho de que el precio fijado en el contrato en relación con el ítem 29.01.10.09 no correspondía con el valor comercial de este componente. En efecto, tal y como se desprende de la prueba No. 20 aportada en la demanda, es claro que el interventor del contrato Consorcio Sedic – Órbita & Estudios Técnicos, mediante comunicación No. ORBI/SOE - FLO-385 del 18 de febrero de 2010, manifestó su desacuerdo con el precio pactado frente al ítem 29.01.10.09, toda vez que, a su juicio, el valor comercial de este componente no era de CIENTO CATORCE MIL TRESCIENTOS VEINTINUEVE PESOS (\$114.329), sino de CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y DOS PESOS (\$5.772). Al respecto, se tiene que el interventor de la obra en la comunicación en referencia, expresamente, destacó lo siguiente:

"Se observa además que el pago previsto en el formato de presupuesto aparece la suma de \$114.329, precio que comercialmente corresponde a un pago por metro lineal y no por kilogramo, cuyo valor en el ítem 03.53,

⁴⁵ Folio 629 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

000406

*corresponde a la estructura metálica de este mismo presupuesto es de \$5.772 por kilogramo de peso"*⁴⁶.

Al lado de lo anterior, se destaca que FONADE, aportó con la demanda un dictamen pericial de parte⁴⁷ que, por ser rendido por un especialista en la materia conforme a los estándares técnicos exigidos y no haber sido objetado por la parte convocada, para este Tribunal ofrece una alta credibilidad. En esta prueba de carácter técnico – científico, elaborada por el ingeniero metalúrgico Germán Emilio Moreno Ibáñez⁴⁸ en razón del Contrato No. 20121269 suscrito con FONADE, se indica que el precio pagado por FONADE frente al ítem 29.01.10.09 de un valor de CIENTO CATORCE MIL TRESCIENTOS VEINTINUEVE PESOS (\$114.329) era artificialmente alto. En efecto, allí se indicó que el precio que debía haberse pagado sobre este componente era el mismo del ítem 03.53, esto es, el de la estructura metálica en cubiertas que tenía un valor de cinco mil setecientos setenta y dos pesos (\$5.772) por kilogramo, el cual, en concepto del perito era el que se ajustaba a las condiciones del mercado.

El referido informe señala⁴⁹:

"Lo anterior se corrobora aún más si se tiene en cuenta que para el 2009 el costo por kilogramo suministrado, fabricación e instalado de estructura metálica a nivel nacional era de seis mil pesos (\$6.000) en promedio de acuerdo con las cifras reveladas en el Encuentro Internacional de Acero en Colombia, llevado a cabo en la ciudad de Cali los días 15, 16 y 17 de octubre"

⁴⁶ Folio 632 del Cuaderno de Pruebas.

⁴⁷ Folio 1771 del Cuaderno de Pruebas.

⁴⁸ Folios 1771 -1772 del Cuaderno No. 4 de Pruebas.

⁴⁹ Folio 1737 del Cuaderno de Pruebas No. 4

000407

Adicionalmente en esta experticia se advierte que el ingeniero comparó el precio para el referido ítem en proyectos similares como el de Puente Salguero en la vía Bosconia Valledupar Maicao, que para el año 2008 tenía el kilogramo un costo de \$5.814,80 antes de AIU y en el Proyecto de "Rehabilitación y conservación de Puente Lórica en la carretera Montería – Lórica", cuyo precio era de \$5.700 incluido AIU; de hecho indica que en el mismo proceso de selección los otros dos proponentes presentaron un valor muy inferior para este ítem, así: Consorcio HCCC (\$9.726) y Consorcio Cárceles 2008 (\$6.527).

Culmina señalando:

"Ni siquiera estos valores son pagados en zonas donde no hay formas de transportar las estructuras como el Vichada o Amazonas en las zonas selváticas. Los máximos valores comerciales encontrados en el país o exceden el doble (100%) del valor promedio del mercado".

De esta forma, tanto las comunicaciones de la interventoría técnica como el dictamen pericial elaborado por el ingeniero metalúrgico contratado por FONADE convergen con certeza y claridad en evidenciar que el precio que quedó definido en el contrato y que presentó el CONSORCIO KUMBRE en su propuesta económica en relación con el componente analizado por el orden de CIENTO CATORCE MIL TRESCIENTOS VEINTINUEVE PESOS (\$114.329) no guarda correspondencia alguna con el precio comercial de este ítem en el mercado.

2.2.5. Los argumentos planteados por la parte convocada para desvirtuar la existencia de un mayor valor pagado del ítem 20.01.10.09 sobre la base de la existencia de un desequilibrio económico del contrato.

000408

Sobre el particular, este Tribunal no puede dejar de destacar que, si bien la parte convocada no ejerció la facultad de controvertir en los términos de la ley arbitral el dictamen pericial del ingeniero metalúrgico aportado con la demanda⁵⁰, lo cierto es que, tanto en la contestación de la demanda como en los alegatos de conclusión, planteó reproches específicos para aducir que el precio estipulado frente al ítem 29.01.10.09 no resultaba comparable con el precio que tanto el perito como el interventor de la obra definieron como el valor de mercado, esto es, el establecido en relación con el ítem 03.53 por un valor de CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y DOS PESOS (\$5.772) por kilogramo.

Esto es sustentado por el CONSORCIO KUMBRE no sólo sobre la afirmación de que, en la comparación de precios llevada a cabo en el dictamen pericial, se incurrió en el error de no incluir el valor correspondiente a la pintura de acabado de las estructuras metálicas, sino también por cuanto, en concepto del convocado, la modificación de los planos de la obra de los viaductos para el abastecimiento de agua del centro penitenciario conllevaron a la generación de nuevos costos y dificultades para el contratista, toda vez que se requirió contratar personal profesional adicional y, además, fue necesario acondicionar el proyecto a las nuevas condiciones topográficas y geográficas establecidas para el nuevo trazado de la obra.

El convocado allegó además un documento elaborado por el ingeniero Enrique Rueda Toscano⁵¹, quien también declaró como testigo en

⁵⁰ Folios 1771 -1772 del Cuaderno No. 4 de Pruebas.

⁵¹ Folio 548 del Cuaderno de Pruebas No. 5

audiencia del 24 de febrero de 2015, concluyendo que un valor de \$5.772 es un precio que no es suficiente para compensar los costos que demanda la fabricación, el suministro, el transporte y el montaje en situaciones complejas, como ocurrió en este contrato en cuya ejecución se realizó dicha actividad sobre riachuelos y hondonadas y en condiciones climáticas y de seguridad adversas para el contratista, que en todo caso no fueron previstas en el diseño inicial del acueducto contratado como parte de la obra completa EPC.

De esta forma, el convocado indica que no resulta comparable el costo de la estructura metálica de cubierta del establecimiento penitenciario (ítem 0353) con la construcción, transporte y montaje de la viga metálica de los viaductos (ítem 29.01.10.09), toda vez que, - se dice- la instalación de las estructuras metálicas del ítem 0353 se llevó a cabo en condiciones idóneas, en tanto que el montaje de las vigas metálicas de los viaductos era mucho más complejo y costoso a la luz de los ajustes de los diseños, pues los mismos tenían que atravesar difíciles condiciones topográficas. Así, en razón a los costos de montaje e instalación del ítem 29.01.10.09 en condiciones tan complejas es que la parte convocada afirma que el precio estipulado en el contrato frente a este ítem no resulta comparable con el establecido para el aditamento 0353.

2.2.6. Consideraciones sobre las mayores cantidades de obra ejecutadas en virtud de los nuevos diseños de los viaductos construidos para el abastecimiento del agua del establecimiento penitenciario.

En este caso, se evidencia que la implementación de los nuevos diseños, como propiamente lo reconoció FONADE en la comunicación que le dirigió al contratista el 03 de junio de 2010, comportó el desarrollo de una mayor

000410

cantidad de obra contratada en relación con el ítem 29.01.10.09. En dicha comunicación, en efecto, la entidad contratante, al hacer referencia a las causas y razones de la modificación del trazado de la red de viaductos, deja entrever que dicha coyuntura llevó a que se presentara una variación de las cantidades ejecutadas en relación con el ítem 29.01.10.09, manifestando lo siguiente:

*"Hubo necesidad de modificar el diseño del acueducto para el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Florencia, que anteriormente conducía agua desde las quebradas Mochilertio y la Esmeralda y que finalmente se definió que la conduciría desde la Planta Caldas del Municipio de Florencia. **Esta modificación supuso la variación drástica de lo diseñado por la aparición de un buen número de accidentes geográficos (quebradas, hondonadas, etc) no contempladas en el primer trazado,** lo que implicó cambios sustanciales en los diseños, especialmente los viaductos, ya que las longitudes son muchísimo mayores y afectan claramente las secciones de las vigas y cuantías de acero para la construcción de los mismos"⁵².*

De lo anterior se colige que la modificación de los trazados de los viaductos para el abastecimiento de agua del establecimiento penitenciario llevó a que se ejecutara una mayor cantidad de obra. En efecto, la cantidad del ítem 29.01.10.09 que, de acuerdo con el contrato de obra que proyectaba ejecutarse, era de 49 kilogramos, no obstante lo cual, la necesidad de realizar ajustes en el trazado del viaducto para el abastecimiento de agua llevó a que, posteriormente, se aumentaran las cantidades ejecutadas de este aditamento, al punto de que, en comparación con los 49 kilogramos que se tenían previstos, se terminaron ejecutando 19.443 kilogramos, tal

⁵² Folio 638 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

0004711

como consta en el acta de recibo y entrega final de la obra⁵³, esto es, una diferencia adicional de unos 19.400 kilos de material.

Así, para este Tribunal existe certeza de que las modificaciones implementadas, supusieron el desarrollo de una mayor cantidad de obra contratada en relación con el ítem 29.01.10.09, la cual, fue autorizada en virtud de lo establecido en el párrafo segundo de la cláusula segunda del contrato de obra No. 2071792, donde se indica lo siguiente: *"Las cantidades de obra previstas en el formato No. 09 "Propuesta económica" son aproximadas y están calculadas según las necesidades estimadas del proyecto objeto del presente contrato, razón por la cual se podrán aumentar, disminuir o suprimir durante la ejecución de la obra"*⁵⁴.

En este sentido, debe recordarse que la mayor cantidad de obra es una categoría jurídica que se aplica respecto de los contratos de obra celebrados a precios unitarios y, en realidad, comporta una presunción en virtud de la cual se entiende que las cantidades que son ejecutadas en exceso de las que fueron inicialmente contratadas, bajo una prolongación de la prestación debida, deben pagarse a los precios unitarios definidos en el contrato, sin que ello, propiamente, signifique una modificación de lo establecido en el contrato. De esta forma, el alcance de esta figura ha sido delineado por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

"En efecto, en los contratos de obra suscritos a precios unitarios, la mayor cantidad de obra ejecutada supone que ésta fue contratada pero que su estimativo inicial fue sobrepasado durante la ejecución del contrato,

⁵³ Folios 106 – 108 del Cuaderno de pruebas No. 1.

⁵⁴ Folios 430 del Cuaderno de pruebas No. 1.

000412

surgiendo así una "prolongación de la prestación debida", sin que ello implique modificación alguna al objeto contractual"⁵⁵.

Asimismo, el Consejo de Estado, para distinguir los contratos de obra por precio global con los contratos suscritos a precios unitarios, con mucha claridad ha decantado que, en los contratos de obra a precios unitarios, la forma de pago es por unidades o cantidades de obra y, bajo este entendido, los valores finales del contrato se obtienen de multiplicar los precios unitarios que se le fijaron a los respectivos ítems en el contratos con las cantidades de obra que fueron ejecutadas:

"En el contrato a precios unitarios la forma de pago es por unidades o cantidades de obra y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas comprometiéndose el contratista a realizar las obras especificadas en el contrato"⁵⁶.

En el caso bajo estudio, se tiene que el contrato de obra No. 2071792 fue pactado bajo la modalidad de precios unitarios con fórmula de ajuste, de suerte que, allí se previó la posibilidad de que el contratista ejecutara las mayores cantidades de obra que fueran necesarias para la culminación del proyecto. En efecto, en el parágrafo primero de la cláusula segunda del contrato de obra que suscribieron las partes, en punto del valor del contrato, éstas estipularon lo siguiente:

"El presente contrato se pacta por el sistema de precios unitarios (valor por unidad de recurso, obra, trabajo, servicio o bien), el cual remunera la totalidad

⁵⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 18 de julio de 2002. C.P. Alíer Hernández Enríquez.

⁵⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de junio 2002. C.P. Alíer Hernández Enríquez.

de las actividades y/o suministros que sean necesarios para la ejecución de su objeto, con fórmula de ajuste. En consecuencia, **el valor final del contrato será la suma de los resultados que se obtengan al multiplicar las cantidades ejecutadas y/o entregadas a satisfacción de FONADE por los valores o precios unitarios pactados para el respectivo ítem según el formato No. 09 "Propuesta económica" con los respectivos ajustes previstos en la cláusula tercera del mismo**".

Si, adicional a lo anterior, se parte del hecho de que en las mismas especificaciones técnicas de los viaductos (Capítulo 9.6. de las especificaciones técnicas⁵⁷) se consagró la posibilidad de que el trazado de éstos se pudiera ajustar a las condiciones reales encontradas al momento de la ejecución del proyecto: "Los planos de ingeniería definitivos deberán ser ajustados por el constructor de acuerdo a las condiciones reales encontradas en el momento de la construcción y según los diseños mostrados en los planos hidrosanitarios"⁵⁸ e incluso dentro de estas mismas especificaciones se estipuló que, en los costos unitarios establecidos en el contrato, se debían tener en cuenta los ajustes y cambios de los diseños originales del proyecto, es claro que, el CONSORCIO KUMBRE en relación con el ítem 20.01.10.09 ejecutó una mayor cantidad de obra que, con el alcance de una prolongación de la prestación debida, fue autorizada en el contrato.

En consecuencia, debe concluirse que, de conformidad con lo establecido por la jurisprudencia del Consejo de Estado, tal mayor cantidad de obra contratada debía regirse por los precios unitarios estipulados en el contrato.

⁵⁷ Folios 450-451 del Cuaderno de Pruebas No. 5 referente a las especificaciones técnicas de los viaductos. Instalaciones Hidrosanitarias y Gas Acometidas - Capítulo 9.6.

⁵⁸ Folios 450-451 del Cuaderno de Pruebas No. 5 referente a las especificaciones técnicas de los viaductos. Instalaciones Hidrosanitarias y Gas Acometidas - Capítulo 9.6.

0002-14

2.2.7. Consideraciones sobre la aplicación del principio "lex contractus, pacta sunt servanda".

Quedó indicado líneas atrás que una vez determinado que hubo un costo elevado surgirían dos problemas jurídicos por atender, y esto es, si hay lugar a devoluciones de las sumas pagadas de más y si se causaron perjuicios a FONADE que el contratista deba resarcir.

En virtud de lo anunciado, primero este Tribunal se ocupará de revisar si hay lugar a devolver las sumas pagadas al contratista, por concepto de un mayor valor en el ítem de vigas metálicas de los viaductos, y para ello sea lo primero indicar que como el contrato de obra No. 2071792, es un contrato que si bien lo celebra una entidad estatal se rige por las normas del derecho privado, es clara la relevancia que en relación con el mismo tiene el principio de "*lex contractus, pacta sunt servanda*" consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, en virtud del cual, se dispone que "*los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales*".

Sobre este principio en doctrina se ha dicho:

"La trascendencia de la firmeza y solidez del vínculo, es algo que desde un principio ha sobresalido y se ha resaltado: es el estar a lo dicho, es el respeto a la palabra empeñada: la fides, cimiento de toda economía recogido en el lema latino-medioeval pacta sunt servanda, y más gráfica y dicientemente en la metáfora de las Institutes Coutumieres de Loysel: "Así como a los bueyes se les ata por los cuernos a los hombres se les ata por las palabras", o en la descripción terminante del Espejo de Suabia: Un hombre es un hombre, una

000475

palabra es una palabra". Domat en Les loixciviles dans leur ordre naturel, diría: "Las convenciones crean los compromisos por el consentimiento de dos o más personas que hacen entre sí una ley para ejecutar lo que se prometen", términos que el code civil vertió en su artículo 1134: "Las convenciones legalmente celebradas tienen fuerza de ley para quienes las celebraron", y que el señor Bello ajustaría para encarecer aún más, dijérase que al máximo, el poder de sometimiento inherente al contrato: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes..." (art. 1602 C. C.). Y a la par la doctrina civilista –la francesa en especial– y la ciencia política no cejan en su empeño de destacar cuán fundamental es este principio, y cómo de su respeto dependen la seguridad, la tranquilidad y el progreso de las naciones.

La condición de esa firmeza y obligatoriedad no es otra que la "legalidad" de la actuación. No es cualquiera convención la que vincula tan firmemente, sino aquella "legalmente celebrada", con lo cual se pone de presente la carga de legalidad que pesa sobre quienes celebran el contrato, cuya convención es válida, o así se obligan, a condición del cumplimiento cabal de los requisitos establecidos a propósito por el ordenamiento (arts.1108 code civil y 1502 c. c.). **El vínculo establecido de esa forma, que ninguna de las partes puede desconocer ni desatar por sí sola (art.1602 c. c.), tiene por función generar obligaciones, aquellas que corresponden a la función de la figura recorrida por aquellas: las indicadas en sus declaraciones y, complementaria y supletoriamente, "las que emanan precisamente de la obligación o que por ley pertenecen a ella" (art.1603 c. c.); o en otros términos, las "que correspondan a la naturaleza del contrato, según la ley o la equidad natural" (art.871 c. co.). Tal es el contenido pleno, integrado, del contrato, que determina sus efectos finales"**⁵⁹ (Énfasis fuera de texto).

59 Ponencia para el seminario "Régimen de intereses", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 22 y 23 noviembre de 2000.

000416

El Consejo de Estado ha dicho⁶⁰:

"En efecto, el contrato, como expresión nítida que es de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio "lex contractus, pacta sunt servanda", consagrado positivamente en el artículo 1602 del Código Civil, por cuya inteligencia los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En perfecta consonancia, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial, lo que significa que los contratantes en miras de satisfacer la función práctica, económica y social para el cual está instituido el tipo contractual por ellas elegido, deben actuar en forma leal y honesta, conforme a las exigencias de corrección y probidad y la ética media imperante en la sociedad, y sin abuso de sus derechos (...)"

En síntesis, es principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y, **como consecuencia de su fuerza obligatoria, que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa**, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputable al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del contratante, según el caso y los términos del contrato)(...)" (Énfasis fuera de texto).

⁶⁰ Sentencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Mp. Ruth Stella Correa Palacio, 22 de julio de 2009.

000417

En virtud de lo anterior, este Tribunal, encuentra que la fuerza vinculante del contrato de obra No. 2071792 obligaba a las partes a ceñirse a los precios y condiciones expresamente estipulados en él, en relación con el ítem 29.01.10.09, toda vez que se trataba de un precio unitario que, bajo una estimación inicial, válidamente regía el valor de las mayores cantidades de obra que fueron ejecutadas, siendo el único valor que estaba llamado a aplicarse en relación con las mayores cantidades de obra del ítem denominado "construcción, transporte y montaje de viga metálica acero estructural A36".

En efecto, si en el contrato de obra que, ciertamente, contó con el consentimiento de FONADE y del contratista CONSORCIO KUMBRE, expresamente, se estipuló que el valor del ítem 29.01.10.09 era de ciento catorce mil trescientos veintinueve pesos (\$114.329) proporcional a cantidades de 49 kilogramos⁶¹, es claro que este era el único valor que debía aplicarse respecto del ítem examinado, siendo evidente que, como se establecía en las especificaciones técnicas del proyecto, este componente debía pagarse bajo la unidad de medida de los kilogramos, toda vez que esta era la ley aplicable que las partes de común acuerdo habían definido en el contrato de obra.

2.2.8. Consideraciones sobre la validez del ítem 29.01.10.09.

El Tribunal advierte que la validez del ítem en controversia nunca se ha discutido, ni se discute ahora con la demanda; pues nótese como durante la ejecución del contrato, a pesar de las diferencias en el precio de las vigas metálicas que puso de presente el interventor a FONADE en oficio del 18 de

⁶¹ Folio 430 del Cuaderno de Pruebas No. 1

000418

febrero de 2010,⁶² es decir transcurridos más de dos años desde el inicio de actividades, esta última decidió continuar con el contrato hasta culminarlo con acta de entrega y recibo final de obra el día 11 de junio de 2011⁶³ y efectuó varios pagos al contratista quedando pendiente solo el Acta No. 38 (Se allegó con la demanda certificación de los pagos efectuados al Consorcio por parte de la Entidad contratante)⁶⁴.

Debe decirse que, aun en el evento de que el contratista, luego de haber sido informado sobre las razones por las que se estaba solicitando el reajuste del precio del ítem 29.01.10.09 se negara a proponer nuevos precios unitarios, la conducta que debió haber desplegado FONADE era definir la situación en ese mismo momento mediante acuerdo de voluntades antes de seguir efectuando pagos a favor del CONSORCIO KUMBRE.

No obra prueba en el expediente que acredite que la Entidad haya desplegado una conducta firme tendiente a mitigar los efectos de ese error, por el contrario solo obran comunicaciones cruzadas con el contratista en donde se generó una discusión técnica respecto de la unidad de medida del ítem (kilogramos o metros lineales) pero no fue contundente la Entidad indicándole al contratista que el precio era excesivamente alto, solo lo hizo ya suscitada la controversia. De hecho cuando en la comunicación del 3 de junio de 2010 solicitó nuevos APUs al Consorcio⁶⁵ lo hace motivado por las modificaciones en el diseño del acueducto lo que supuso una variación drástica en los viaductos.

Ha dicho la doctrina a este respecto que,

⁶² Folio 632 Cuaderno de Pruebas No. 2

⁶³ Folio 524 del Cuaderno de Pruebas No. 2

⁶⁴ Folios 652 a 656 del Cuaderno de Pruebas No. 2

⁶⁵ Folio 638 del Cuaderno de Pruebas No. 2

000419

*"En la administración pública se pueden encontrar con relativa frecuencia conductas contradictorias, que implican una infracción al deber de fidelidad a la palabra dada, máxime cuando ésta emana de actos y conductas de órganos estatales. El Estado nunca puede ponerse en contradicción con conductas suyas anteriores, que hayan creado un grado de certeza y de posibilidades [...] puesto que tal circunstancia constituye un proceder injusto y falta de lealtad"*⁶⁶.

En esos términos, y teniendo en cuenta que durante la ejecución del contrato la conducta de la convocante nunca se encaminó a discutir la validez del ítem aquí estudiado, resulta forzoso concluir que el mismo tiene la aptitud de ser vinculante para las partes, sin que el Tribunal pueda invalidarlo por el simple hecho de ser considerado excesivamente oneroso por una de ellas.

2.2.9. Consideraciones sobre la carga de sagacidad y el principio "*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*" (nadie puede hacer oír en juicio aduciendo su propia torpeza).

Señala textualmente la convocante en el hecho 37 de la demanda lo siguiente:

"Es importante destacar a los Honorables Árbitros que durante la ejecución del contrato de obra se evidenció por parte de la interventoría y de FONADE, que se había incurrido en error respecto del valor pactado para el ítem 29.01.10.09 denominado "Construcción, transporte y montaje, viga metálica

⁶⁶ GASPAR CABALLERO SIERRA. "La doctrina de los actos propios en el derecho administrativo", en Derecho constitucional y administrativo en la Constitución Política de Colombia, Bogotá, Ediciones Rosaristas-Biblioteca Jurídica Diké, 1997, pp. 155 y 172.

Acero estructural A36", como quiera que el mismo resultaba ser demasiado superior a lo que realmente tenía en el mercado el kilo de esta clase de estructuras, lo cual desde luego representaba un detrimento patrimonial para FONADE puesto que no resultaba aceptable que pagara por un ítem un precio artificialmente alto..."

La jurisprudencia nacional, también ha analizado la figura de la carga de sagacidad atribuible a las partes del contrato y para ello es importante traer a colación lo esbozado por la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, que en Sentencia del 3 de junio de 2005 (expediente 22.636 – 01. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno), concluyó:

"...a) La oferta hecha por una parte y aceptada por la otra implica el perfeccionamiento de un acuerdo de voluntades, pues, "esa intención unívoca, luego de comunicarse y aceptarse, es la ley que rige el comportamiento contractual del oferente"; la sociedad demandada, en últimas, "se limitó a aceptar las condiciones de la oferta de contrato que se le remitió (...)

f) Si en la elaboración de la oferta, en últimas, se incurrió por la demandante en desproporción al hacer el cálculo de la tarifa de los servicios contratados, **es asunto que compromete su responsabilidad por ser un acto caracterizado por la falta de prudencia en cabeza de quien lo ejecutó, "más aún cuando Isadeco Ltda., era una empresa ampliamente conocedora de las labores que iban a contratarse, y además tuvo la oportunidad de visitar las instalaciones en las cuales se prestaría el servicio en aras de verificar las condiciones del área de trabajo"**, como lo confirma el testigo Bernardo Muñoz (...)

i) En suma, bien que la oferta de contrato haya emanado de la demandante o de la forma en que se acordaron las obligaciones objeto del contrato o por convenirse una remuneración fija por la realización de los servicios o porque el demandante debió prever la cantidad de basura a recoger, "lo cierto es

000421

que no existen fundamentos válidos para entrar a modificar el clausulado de un negocio jurídico que se ejecutó íntegramente conforme se anotó en el cuerpo de la demanda". **El intento de Isadeco de pretender un reajuste del valor del contrato después de haberse cumplido el tiempo de duración del mismo, constituye, si se quiere, "un afán de obtener una revisión sobreviviente (sic) pese a que no se presentaron eventos imprevisibles posteriores a su celebración".** Ahora bien, si existió de hecho falta de previsión ésta le es atribuible de manera exclusiva a Isadeco "quien no adoptó oportunamente las medidas necesarias para averiguar las cantidades de residuos y la extensión real de las áreas donde prestaría sus servicios" (...).

k) Consecuentemente, no se le puede endilgar a la demandada el alegado desequilibrio económico que dice haber sufrido la demandante en el cumplimiento del contrato en ninguna de las modalidades, puesto que no se comprobó la intención de la demandada de inferirle daño a aquella, ni mucho menos se demostró la culpa lata, o sea "que en sus actividades precontractuales hubiera actuado sin el cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios" (...).

m) De todo lo anterior se deduce que el propio comportamiento contractual de la demandante no sirve de puntal idóneo para obtener el pago de los perjuicios que reclama en la demanda, puesto que las manifestaciones de voluntad insertas en la propuesta "estaban destinadas a producir confianza e imponían a los contratantes una serie de cargas, entre otras, el conocimiento del negocio jurídico, o sea, el deber de saber lo que cada quien estipuló a su cargo y cuya desatención por incuria o negligencia hacía asumir al responsable las consecuencias dañosas, tal como lo preconiza el aforismo latino que se enuncia diciendo *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (nadie puede hacer oír en juicio aduciendo su propia torpeza-sic-)" (negrillas fuera del texto).

De lo anterior se puede concluir que, siempre que se proponga una reclamación esta no puede ser fruto de actos o conductas negligentes atribuibles a la parte que reclama. Resulta aplicable el viejo aforismo romano de nadie puede ser escuchado alegando su propia culpa. De tal forma que, si es el contratante quien con su propio actuar da lugar a que se produzca el supuesto perjuicio, dicha situación no puede imputársele al contratista.

En el caso concreto, es claro que FONADE, conocía desde un principio el valor unitario del ítem en cuestión, entre otras porque ella misma lo incluyó en el presupuesto definitivo a partir de la oferta presentada por el contratista y aceptada por FONADEy, ciertamente, tuvo oportunidad de revisar las demás ofertas que incluían el respectivo ítem con su valor, no obstante lo cual, aceptó la oferta de la convocada, adjudicó el contrato, lo celebró y ejecutó de conformidad con esos términos contractuales y solo posteriormente, alegando su propio error, procedió a demandar a la convocada. Así, era claro que le asistía un deber de previsión especial a la contratante al momento de elaborar las reglas de participación y evaluar las ofertas y tenía un claro deber de supervisión y vigilancia de la gestión contractual.

Esta actuación de la convocante, de reclamar hoy un supuesto mayor valor pagado, sin haber evaluado en su momento con la diligencia debida el precio propuesto, contradice la teoría de los actos propios, la cual puede ser definida en los siguientes términos:

“Entre quienes han definido a la Teoría de los Actos Propios, Borda cita Enneccerus-Nipperdey, quienes afirman que a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta

000423

interpretada objetivamente según la ley, según las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe.

Sobre esta definición, Borda precisa que los autores no se refieren específicamente a la Teoría de los Actos Propios sino al brocardo *venire contra factum proprium*, pero entiende que la definición cabe, en líneas generales, en el concepto de la mencionada teoría.

Para este autor, la Teoría de los Actos Propios constituye una regla derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto"⁶⁷.

Al respecto la Corte Constitucional ha dicho:

"...Todo lo anterior puede ilustrarse con un ejemplo, referido a nuestro ordenamiento. Se pregunta: ¿Hace parte del derecho colombiano la regla *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*? Es claro que su formulación explícita no se halla en ningún artículo del ordenamiento colombiano. Pero ¿significa eso que no hace parte de él y, por tanto, que si un juez la invoca como fundamento de su fallo está recurriendo a un argumento extrasistemático? No, a juicio de la Corte, por las consideraciones que siguen. No hay duda de que quien alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, falta a la buena fe entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por éste. Ahora bien: el artículo 83 de la Carta del 91, impone la buena fe como pauta de conducta

⁶⁷ Mario Castillo Freyre, Rita Sabroso Minaya, *La Teoría de los Actos Propios*, Palestra Editores S.A., Primera edición 2006, págs. 61 a 62.

debida, en todas las actuaciones, tanto de las autoridades públicas como de los particulares..."⁶⁸.

Finalmente y teniendo en cuenta que la parte convocada en su contestación de la demanda propone **la excepción de "nemo auditor propriam turpitudinem allegans"**⁶⁹ el Tribunal desde ya con fundamento en los argumentos expuestos, manifiesta que la encuentra probada y que ella habrá de prosperar en relación con las pretensiones aquí estudiadas.

2.2.10. Examen específico de la observancia del principio de la buena fe a partir de las comunicaciones que se dirigieron las partes durante la fase de ejecución sobre la revisión de precios del ítem 29.01.10.09.

Si bien la comunicación que, el 18 de febrero de 2010⁷⁰, le dirigió el interventor de la obra al Gerente del Convenio de FONADE (no al contratista de la obra) es bastante clara al advertir la desproporción del precio del ítem 29.01.10.09, no sucede lo mismo con las comunicaciones que FONADE, a su vez, le dirigió al CONSORCIO KUMBRE para invitarlo a presentar nuevos precios unitarios.

De esta forma, está probado que FONADE durante la fase de ejecución de la obra, a raíz de la modificación de los diseños del trazado del viaducto y en razón de la advertencia que había planteado el interventor de la obra en la comunicación del 18 de febrero de 2010, a través de comunicación No. 20102320132931 del 1 de junio de 2010⁷¹, le puso de presente al representante del CONSORCIO KUMBRE que, si bien se le iban a pagar las

⁶⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-083 del 1 de marzo de 1995. M.P: CARLOS GAVIRIA DÍAZ

⁶⁹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-083 del 1 de marzo de 1995. M.P: CARLOS GAVIRIA DÍAZ.)

⁷⁰ Folio 636 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

⁷¹ Folio 636 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

últimas facturas de conformidad con el precio estipulado en el contrato, la entidad contratante iba a adelantar un proceso de revisión del precio del ítem 29.01.10.09, sustentando dicha determinación sobre la base de que en las especificaciones del proyecto se había consagrado el pago para las vigas metálicas de acero por metro lineal.

Posteriormente, el 03 de junio de 2010, FONADE le dirigió al contratista una comunicación⁷² en la que lo invitaba a presentar nuevos precios unitarios para el reajuste de todos los ítems que conformaban el capítulo 29.01.10, en la medida en que, en virtud de los ajustes del diseño y el trazado de los viaductos para el abastecimiento de agua, las cantidades que iban a ejecutarse en relación con el ítem 29.01.10.09 habían aumentado significativamente.

Como se ve, FONADE en las comunicaciones que le dirigió al contratista el 01 y 03 de junio de 2010, nunca hizo referencia expresa a que la razón por la que se estaba adelantando la revisión de precios y por la que se le solicitaba al contratista CONSORCIO KUMBRE la presentación de nuevos precios unitarios, era la existencia del supuesto mayor valor pagado en el ítem 29.01.10.09 que el interventor de la obra había advertido en comunicación dirigida exclusivamente a la entidad contratante. Por el contrario, las razones que le planteó al contratista en dichas comunicaciones se relacionaron con que, el pago de las vigas metálicas de acero se había estipulado en las especificaciones del proyecto bajo la unidad de medida del metro lineal y en que, asimismo, se habían aumentado significativamente las cantidades de la obra a ejecutar en razón de la modificación de los diseños del trazado de los viaductos.

⁷² Folio 638 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

00-2-26

En efecto, este Tribunal encuentra que, cuando el contratista de la obra, en comunicación del 10 de junio de 2010⁷³, declinó la propuesta que elevó FONADE para invitarlo a presentar nuevos precios unitarios, en realidad, al contrario de lo que sostuvieron tanto la parte convocante como el Ministerio Público, no rehuyó de una invitación para corregir o reajustar el precio estipulado en el contrato, sino que, simplemente, dando contestación integral a todos los puntos planteados por FONADE y dentro de una interpretación de lo estipulado en el contrato de obra y en sus especificaciones técnicas, procedió a poner de presente que no resultaba posible asignarle al ítem 20.01.10.09 el pago por metro lineal, toda vez que, lo que se desprendía del contrato y de las especificaciones técnicas era que, los ítems que, dentro del capítulo 29.01.10, corresponden a la tubería, el transporte y la mano de obra (ítem 1-7), debían ser pagados por metro lineal, en tanto que las demás actividades necesarias para la construcción del viaducto, serían asumidos en función de su respectiva unidad de medida, lo que muestra que el ítem 29.01.10.09 debía ser pagado en kilogramos.

En este mismo entendido, este Tribunal encuentra acreditado que en la comunicación ORBI/SOE-FLO-443 del 8 de julio de 2010 dirigida por el interventor de la obra a FONADE se hizo hincapié en el hecho de que el pago del ítem 29.01.10.09 debía hacerse en las unidades de pago establecidas en el presupuesto de la obra y en que resultaba recomendable que, para no afectar el flujo de caja del proyecto, no se alterara el precio del ítem analizado para aplicar algún tipo de deducción de los pagos que

⁷³ Folio 640 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

la entidad contratante debía asumir en favor del contratista, de acuerdo con lo establecido en el contrato estatal.

Si, al lado de lo anterior, con sustento en el material probatorio recaudado en el proceso, se entiende acreditado el hecho de que, durante la ejecución del contrato, FONADE decidió atender a la recomendación que le dirigió el interventor de la obra de asumir las facturas que el contratista presentó de conformidad con el precio estipulado en el contrato para el ítem 29.01.10.09, es claro que el CONSORCIO Kumbre durante la ejecución de la obra no tuvo ninguna posibilidad de enterarse o tener conocimiento de la coyuntura que había puesto de presente el interventor de la obra en relación con la existencia de un precio artificialmente alto frente al ítem examinado.

Las actuaciones de FONADE para darle traslado al contratista de la obra sobre la advertencia que había planteado el interventor de la obra se encuentran acreditadas con el testimonio del señor Jaime Eduardo Botero, gestor del convenio de FONADE, donde, además de que pone de presente que no recuerda la situación exacta que le hizo a la entidad contratante caer en cuenta del supuesto mayor valor pagado en relación con el ítem 29.01.10.09, manifiesta que se decidió postergar para la fase de liquidación del proyecto la controversia sobre la desproporción establecida en relación con el precio del ítem 29.01.10.09:

"Dr. BOTERO: No me acuerdo exactamente ni cómo fue ni qué fue lo que expresó o en qué términos, si fue una carta o fue qué, sencillamente nos hizo caer en cuenta más adelante que en el APU existían unos valores para el kilo de estructura metálica de viaductos, puede ser esta la palabra o puede ser otra parecida, entonces existía ese APU y que calculado así los viaductos

pasaban de costar un número que no me acuerdo cual pero muy bajito a costar \$3000 o \$3500 millones, no me acuerdo tampoco el número exacto, eso lo expresó allí la Interventoría y entonces fue cuando se nos generó la alarma y tuvimos el conflicto que decidimos pasar para la liquidación porque si no, no hubiéramos hecho la obra".

Con lo anterior, se evidencia que FONADE durante la fase de ejecución del contrato guardó silencio sobre la verdadera razón por la que se estaba solicitando la revisión del precio del ítem 29.01.10.09, esto es, un error en la fijación del precio que se había definido en el contrato frente a este aditamento y, a contrario sensu, optó por esperar a que el contratista culminara y entregara la obra que se había comprometido ejecutar, para ahí sí plantear la controversia sobre el supuesto mayor valor pagado.

Si la entidad contratante no obró con la diligencia que se esperaba al analizar el precio propuesto y al darle traslado al Consorcio de la situación de desproporción frente al ítem 29.01.10.09, mal puede alegar la mala fe del contratista, más aún cuando ésta debe probarse, situación que aquí no ocurrió, por las razones expuestas y porque además el artículo 1603 del Código Civil dispone:

"ARTICULO 1603. EJECUCIÓN DE BUENA FE. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella."

Y a su vez el artículo 871 del Código de Comercio establece:

"ARTÍCULO 871. PRINCIPIO DE BUENA FE. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural."

Adicionalmente la Corte Constitucional en Sentencia T-209/06 sobre la buena fe contractual expresó:

"En relación a la existencia y aplicación del principio de buena fe dentro del régimen colombiano de contratación estatal, es oportuno destacar que a partir del fundamento constitucional al que se ha hecho mención, el mismo aparece expresamente contenido en el artículo 28 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública -Ley 80 de 1993, que, al hacer referencia a los criterios de interpretación de las reglas contractuales, dispone: "En la interpretación de las normas sobre contratos estatales, relativas a procedimientos de selección y escogencia de contratistas y en la de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrá en consideración los fines y los principios de que trata esta ley, los mandatos de la buena fe y la igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos".

De esta manera, el régimen de contratación del Estado, sostuvo la Corte en sentencia C-892 de 2001 "no se nutre únicamente de las orientaciones normativas que sobre la materia aparecen desarrolladas en los Códigos Civil y de Comercio, al cual remiten los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993, sino que integra a este régimen aquellos principios consustanciales a los contratos bilaterales, sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas, que para el Derecho Administrativo son de gran importancia y trascendencia en cuanto que, como ya se explicó, cumplen el objetivo de trasladar a la administración pública la carga del daño antijurídico sufrido por el

contratista, asegurándose el equilibrio de la relación jurídica contractual y la integridad del patrimonio particular."

2.3. Consideraciones relativas a los presuntos perjuicios sufridos por FONADE
– Pretensiones subsidiarias.

Como lo mencionamos líneas atrás, la demandante no solo solicita el reintegro del mayor valor pagado en el ítem de vigas metálicas, sino que en subsidio pretende que se declare que sufrió daños y perjuicios de orden económico originados por ese mayor valor y solicita en consecuencia que le sean resarcidos.

Sobre este punto considera el Tribunal relevante mencionar que los presuntos perjuicios derivarían en este caso de una responsabilidad de tipo contractual, pero para que se pueda predicar ésta, es complementemente necesario que se pruebe el daño, el incumplimiento del contratista y el nexo de causalidad.

FONADE frente a éste ítem a diferencia de lo que sucede con los pastos, no reclamó en ningún momento el incumplimiento de contrato por parte del Consorcio, las razones de su reclamo son básicamente técnicas y se concretan en afirmar que se presentaron unos sobrecostos desproporcionados en un ítem y pide el reintegro de la diferencia, de manera que aunque en principio pudiera la Entidad demostrar que se le causó daño, no existe prueba del incumplimiento del contratista, ni del respectivo nexo causal.

No hay prueba en el expediente de responsabilidad de tipo contractual derivada de los sobrecostos en el ítem 29.01.10.09, de manera que no existe una fuente generadora de perjuicios imputable al contratista.

2.4. Solución a los problemas jurídicos planteados en relación con las pretensiones relativas a los sobrecostos en el ítem 29.01.10.09.

Por las anteriores consideraciones, el Tribunal atendiendo el primer problema jurídico planteado encuentra que si bien se demostró un sobrecosto en el ítem 29.01.10.09 no por ello surge jurídicamente obligación alguna a cargo del contratista de reintegrar las sumas solicitadas por la demandante, toda vez que la situación se generó porque así se pactó en el contrato de manera válida y por ende obligatoria para las partes y porque adicionalmente al momento de valorarse la propuesta, el precio no fue objeto de reparo ni de solicitud de modificación, habiéndose, bien por el contrario, aceptado éste sin observación alguna. En el presente caso tiene plena observancia el principio de "*Pacta Sunt Servanda*" (el contrato es ley para las partes), de manera que los contratantes estaban obligadas a cumplir lo pactado en el contrato, salvo que se hubiese invalidado por acuerdo o por la ley.

Este Tribunal encuentra demostrado que en el contrato de obra en referencia se incluyó, con la aceptación de la entidad contratante, un supuesto mayor valor pagado en relación con el ítem 29.01.10.09. Ahora bien, en la medida en que, en este caso, también quedó evidenciada la inobservancia del deber de diligencia de la entidad contratante al analizar la propuesta y al no haberle dado traslado al contratista de los motivos del supuesto mayor valor pagado, y siendo claro que nadie puede alegar su propia culpa en juicio, este Tribunal, no puede acceder a declarar el

reintegro de las sumas pagadas por FONADE y menos aún el resarcimiento de perjuicios.

En consecuencia se negarán las pretensiones tercera y cuarta de la demanda, en virtud de las cuales, FONADE, solicita la devolución y el reintegro de las sumas pagadas en exceso por la entidad contratante en relación con el ítem 29.01.10.09.

Respecto al segundo problema jurídico analizado, esto es, si el valor del supuesto mayor valor pagado le causó perjuicios a la Entidad, encuentra el Tribunal que no se configuran los elementos de una responsabilidad de tipo contractual que dé lugar a una indemnización de perjuicios a favor de FONADE, y al no evidenciarse el incumplimiento contractual alegado por el Convocante por la presunta trasgresión del contratista del principio de buena fe, este Tribunal, también denegará las pretensiones primera y segunda subsidiarias de la demanda así como sus consecuenciales.

El Tribunal considera que se encuentra probada la excepción propuesta por la parte convocada denominada "*Exceptio Nemo Auditur Propiam Turpitudinem Allegans*".

2.5. Pretensiones relativas a la liquidación del contrato.

Las pretensiones séptima principal y quinta subsidiaria de la demanda se encaminan a buscar la liquidación judicial del contrato de obra en los siguientes términos:

"Que se liquide judicialmente el contrato de obra No. 2071792, declarando que las sociedades demandadas VARGAS VELANDIA LTDA., EDIVIAL EU., y

SEVILLA Y MARTÍNEZ INGENIEROS C.A. SEMAICA, integrantes del Consorcio Kumbre, deben pagar al FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE, los valores que resulten probados de los conceptos anteriores, mas la actualización y/o indexación de dichas sumas de dinero, más el valor correspondiente a los intereses de mora que se liquiden, o la superior que resulte demostrada, a la ejecutoria del laudo que ponga fin a este proceso ."

2.5.1. Posición de FONADE.

Dentro de los hechos de la demanda la parte convocante manifiesta que:

"13. El acta de entrega y recibo final del contrato fue suscrita por el interventor, el contratista y FONADE, el día once (11) de junio de dos mil once (2011), donde se dejó establecida la totalidad de la obra e ítems ejecutados. (PRUEBA 9. ACTA DE ENTREGA Y RECIBO FINAL DE LA OBRA".

Señala además que,

"14. La liquidación bilateral del contrato prevista no llegó a perfeccionarse como quiera que no hubo acuerdo entre las partes".

2.5.2. Posición del Consorcio Kumbre

Por su parte la convocada se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y en lo que respecta a los hechos transcritos anteriormente (13 y 14 de la demanda) manifestó en sus contestaciones que eran ciertos.

2.5.3. Consideraciones del Tribunal.

El Contrato, en la cláusula vigésima octava respecto de la liquidación dispuso:

"**CLAUSULA (sic) VIGÉSIMA OCTAVA – LIQUIDACIÓN:** El presente contrato se liquidará dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su terminación, mediante

acta firmada de común acuerdo por las partes contratantes, que contendrá un balance sobre la ejecución del contrato, los pagos realizados al CONTRATISTA y los acuerdos a que hayan llegado las partes sobre la ejecución del contrato.

"PARÁGRAFO: Los recursos sin ejecutar serán reintegrados a FONADE".

En el presente caso la parte convocante afirmó en su demanda que no se ha liquidado el contrato objeto del presente proceso, hecho que fue aceptado por la convocada en su contestación, por lo cual considera que corresponde hacerla al Tribunal.

En relación con el contenido de la liquidación de un contrato el Consejo de Estado, en sentencia del 12 de noviembre de 2014, señaló (Radicación: 250002326000 200000088 01, Expediente: 30251 Acumulados):

"Ahora, debe tenerse en cuenta que la liquidación constituye un balance final o ajuste de cuentas definitivo entre la Administración contratante y el particular contratista, con miras a finiquitar la relación jurídica obligacional; es el procedimiento a través del cual las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas derivadas del contrato, con el fin de saldar las respectivas cuentas, todo lo cual, como es apenas obvio, supone que dicho trámite únicamente proceda con posterioridad a la terminación del contrato".

"En ese sentido, es claro entonces que la liquidación contendrá las cuentas, los ajustes y reconocimientos que se encuentren directamente relacionadas con el contrato que se pretende liquidar, de ahí que únicamente las actuaciones del contratista que se lleven a cabo dentro del marco de la ejecución del contrato estatal debidamente perfeccionado se podrán entender como parte de la ejecución del objeto contractual y por ende el acta de liquidación del mismo sólo podrá consignar las pretensiones que emanen directamente del contrato".

Así mismo, en providencia del 20 de octubre de 2014, expresó (Radicación: 05001-23-31-000-1998-00038-01 (27.777))

000435

"La liquidación del contrato se ha definido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, es decir, la etapa final del negocio jurídico donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier otra causa, o mejor, determinan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución.

"(...) En estos términos, liquidar supone un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes. En cuanto a lo primero, la liquidación debe incluir un análisis detallado de las condiciones de calidad y oportunidad en la entrega de los bienes, obras o servicios, y el balance económico dará cuenta del comportamiento financiero del negocio: recursos recibidos, pagos efectuados, estado del crédito o de la deuda de cada parte, entre otros detalles mínimos y necesarios para finiquitar una relación jurídica contractual."

Así las cosas, de conformidad con lo expuesto, la liquidación implica hacer referencia al cumplimiento de las diferentes obligaciones surgidas del contrato, así como a los pagos correspondientes derivados del mismo, con el fin de llegar a: "un ajuste expreso y claro sobre las cuentas y el estado de cumplimiento de un contrato, de tal manera que conste el balance tanto técnico como económico de las obligaciones que estuvieron a cargo de las partes".

Dentro de la documentación que obra en el expediente se encuentra: el acta de terminación del contrato de fecha 11 de febrero de 2011⁷⁴ donde se evidencia que se procedería por las partes a realizar la revisión de las cantidades de obra realmente ejecutadas, y que éstas serían registradas en el acta de entrega y recibo final del contrato, y el acta de entrega y recibo final de obra de fecha 11 de junio de 2011⁷⁵ donde efectivamente se registraron las cantidades de obra ejecutadas por el contratista.

Sin embargo no obra prueba alguna en el expediente que indique que existió algún proyecto de liquidación de mutuo acuerdo, por el contrario,

⁷⁴ Folios 509 a 521 del Cuaderno de Pruebas No. 2

⁷⁵ Folios 522 a 544 del Cuaderno de Pruebas No. 2

de las comunicaciones cruzadas y aportadas como prueba documental dentro del presente trámite y por supuesto de los hechos narrados tanto en la demanda como en las contestaciones de la misma, se desprende que se presentaron fuertes desacuerdos entre las partes en relación con los siguientes ítems del contrato:

El ítem NP-069 "SUMINISTRO E INSTALACIÓN EN GRAMA EN CESPEDONES INCLUYE PREPARACIÓN DEL TERRENO Y DOS MANTENIMIENTOS"

El ítem 29.01.10.09 "CONSTRUCCIÓN, TRANSPORTE Y MONTAJE VIGA METÁLICA ACERO ESTRUCTURAL A36".

Justamente estos ítems en desacuerdo motivaron la solicitud de convocatoria al presente Tribunal de Arbitramento para que dirimiera la controversia. Sin embargo, se trata de un contrato con bastantes componentes respecto de los cuales el Tribunal no cuenta con las pruebas que permitan establecer si existió controversia sobre otros ítems del mismo, pues solo se sometió a revisión los dos antes transcritos. Tampoco se conoce si respecto de las restantes obligaciones existen saldos pendientes en favor de las partes, por lo cual resulta imposible para el Tribunal, por ausencia de prueba, efectuar una liquidación de un contrato sobre la base del estudio de dos de sus ítems únicamente.

Por lo anterior, y dado que el Tribunal no cuenta con los elementos necesarios para proceder a establecer el balance económico de las obligaciones de las partes, no es posible acceder a la pretensión de liquidación.

Es importante destacar que lo anterior es consistente con la posición que ha asumido el Consejo de Estado en otros casos. Así, en sentencia del 12 de noviembre de 2014 (Radicación: 250002326000 2000000088 01) el Consejo de Estado expresó:

"En ese sentido, es claro entonces que la liquidación contendrá las cuentas, los ajustes y reconocimientos que se encuentren directamente relacionadas con el contrato que se pretende liquidar, de ahí que únicamente las actuaciones del contratista que se lleven a cabo dentro del marco de la ejecución del contrato estatal debidamente perfeccionado se podrán entender como parte de la ejecución del objeto contractual y por ende el acta de liquidación del mismo sólo podrá consignar las pretensiones que emanen directamente del contrato".

"Si bien se tiene establecido que las partes de la referencia celebraron el contrato de prestación de servicios No. 141 y, como consecuencia de ello, contrajeron unas obligaciones contractuales, se observa que el material probatorio obrante en el proceso es escaso, al punto de que no existen elementos probatorios que demuestren con certeza, como se expresó con precedencia, en qué medida y de qué manera se habrían cumplido las obligaciones recíprocas derivadas del mismo, con el fin de determinar si las partes se encuentran a paz y salvo por concepto relacionado con la ejecución del contrato".

"(...) En ese contexto, comoquiera que no existen elementos probatorios que permitan determinar el estado de las prestaciones, como tampoco los conceptos y las cuantías que se adeudan entre sí las partes, en relación directa con el contrato que entre ellas se celebró, no será posible para la Sala liquidar por vía judicial el referido contrato, en tanto que no hay manera de verificar si las partes cumplieron, o no, las obligaciones derivadas del contrato No. 141 y en qué medida lo hicieron".

Por todo lo anterior se negarán las pretensiones séptima principal y quinta subsidiaria de la demanda.

3. LAS EXCEPCIONES.

Como ha quedado expuesto en el análisis que antecede, respecto del primer grupo de pretensiones de la demanda se encontró probada la

excepción denominada "*contrato cumplido*" y en relación con el segundo grupo, está llamada a prosperar la *Exceptio Nemo Auditur Propriam Turpitudinem Allegans*" las cuales, por enervar íntegramente las pretensiones de la demanda, relevan al Tribunal de abordar el estudio de los demás medios de defensa propuestos por las convocadas.

VIII. SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO

Teniendo en cuenta que la no prosperidad de las pretensiones no obedece a deficiencias probatorias en el monto de los daños, no resulta aplicable la sanción prevista en la ley en relación con el juramento estimatorio. Máxime cuando en este caso no se evidencia la temeridad o negligencia de la parte actora a la que se refiere el parágrafo artículo 206 del Código General del Proceso.

IX. COSTAS

En atención a que la conducta de las partes y de sus apoderados fue correcta, y con base en el artículo 188 del CPACA el Tribunal se abstendrá de proferir condena en costas.

X. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitramento integrado para resolver las diferencias surgidas entre el **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE**, por una parte, y por la otra, **VARGAS VELANDIA LTDA** hoy **XIE S.A.**, **EDIVIAL EU** hoy **EDIVIAL INGENIENERÍA S.A.S.** y **SEVILLA MARTÍNEZ INGENIEROS C.A SEMAICA** –

INTEGRANTES DEL CONSORCIO KUMBRE, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia, por autoridad de ley, por unanimidad y en cumplimiento de la misión encomendada por los compromitentes para tal fin,

RESUELVE

PRIMERO: Declarar probadas las excepciones denominadas "*contrato cumplido*" y "*Exceptio Nemo Auditur Propiam Turpitudinem Allegans*".

SEGUNDO: Negar las pretensiones de la demanda.

TERCERO: Abstenerse de proferir condena en costas.

CUARTO: Abstenerse de imponer a las partes las sanciones previstas en el artículo 206 del CGP.

QUINTO: Ordenar que por Secretaría se expida copia auténtica de esta providencia con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público.

SEXTO: Declarar causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria, por lo que se ordena realizar los pagos correspondientes.

SÉPTIMO: Ordenar la liquidación final y, si a ello hubiere lugar, la devolución a las partes de las sumas no utilizadas de la partida "Gastos".

OCTAVO: Ordenar la devolución del expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Esta providencia queda notificada en estrados.

000-440



ANTONIO PABÓN SANTANDER

Presidente



GABRIEL DE VEGA PINZÓN

Árbitro



RODRIGO ESCOBAR GIL

Árbitro



LAURA MARCELA RUEDA ORDOÑEZ

Secretaria

TRIBUNAL ARBITRAL DE

FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO – FONADE

Contra

**VARGAS VELANDIA LTDA HOY XIE S.A., EDIVIAL EU HOY EDIVIAL INGIENERÍA
S.A.S. Y SEVILLA MARTÍNEZ INGENIEROS C.A SEMAICA – INTEGRANTES DEL
CONSORCIO KUMBRE**

LAUDO ARBITRAL

INDICE

Pág.

I. ANTECEDENTES

1. EL CONTRATO.....	2
2. EL PACTO ARBITRAL.....	2
3. PARTES PROCESALES.....	3
3.1. Parte Convocante.....	3
3.2. Parte Convocada.....	4
4. ETAPA INICIAL.....	5

II. LAS CUESTIONES LITIGIOSAS SOMETIDAS A ARBITRAJE

1. LOS HECHOS DE LA DEMANDA PRINCIPAL.....	7
2. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDANTE.....	13
2.1. Pretensiones Principales.....	13

2.2. Pretensiones Subsidiarias.....	15
3. LA OPOSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA FRENTE A LA DEMANDA.....	16
III. ACTUACIÓN PROBATORIA SURTIDA EN EL PROCESO.....	18
IV. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN PRESENTADOS POR LAS PARTES.....	20
V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	20
VI. TÉRMINO PARA FALLAR.....	23
VII. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.....	24
1. EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL CONTRATO.....	24
2. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA.....	29
2.1. Pretensiones relativas al supuesto incumplimiento en la instalación de la grama.....	30
2.1.1. Fundamentos fácticos y jurídicos planteados por la parte convocante para soportar las pretensiones primera y segunda.....	32
2.1.2. Argumentos de defensa planteados por la parte convocada.	32
2.1.3. El concepto del ministerio público.....	33
2.1.4. Consideraciones del Tribunal.....	33
2.2. Pronunciamiento del Tribunal sobre las pretensiones tercera y cuarta principales y primera y segunda subsidiarias relacionadas con el mayor valor pagado en el ítem 29.01.10.09 del contrato No. 2071792 relativo a la "Construcción, Transporte	

y Montaje de viga metálica de Acero Estructural a36"	43
2.2.1. Fundamentos fácticos y jurídicos planteados por la parte convocante para soportar las pretensiones tercera y cuarta principales y primera y segunda subsidiarias de la demanda, en relación con el sobre costo del ítem 29.01.10.09.....	46
2.2.2. Argumentos de defensa planteados por la parte convocada.....	48
2.2.3. El concepto del Ministerio Público.....	50
2.2.4. El supuesto mayor valor pagado del ítem 20.01.10.09 "construcción, transporte y montaje en viga metálica acero estructural A36"	51
2.2.5. Los argumentos planteados por la parte convocada para desvirtuar la existencia de un mayor valor pagado del ítem 20.01.10.09 sobre la base de la existencia de un desequilibrio económico del contrato.....	55
2.2.6. Consideraciones sobre las mayores cantidades de obra ejecutadas en virtud de los nuevos diseños de los viaductos contruidos para el abastecimiento del agua del establecimiento penitenciario.....	57
2.2.7. Consideraciones sobre la aplicación del principio "lex contractus, pacta sunt servanda"	62
2.2.8. Consideraciones sobre la validez del ítem 29.01.10.09.....	65
2.2.9. Consideraciones sobre la carga de sagacidad y el principio "nemo auditur propriam turpitudinem allegans"	

(nadie puede hacer oír en juicio aduciendo su propia torpeza).....	67
2.2.10. Examen específico de la observancia del principio de la buena fe a partir de las comunicaciones que se dirigieron las partes durante la fase de ejecución sobre la revisión de precios del ítem 29.01.10.09.....	72
2.3.Consideraciones relativas a los presuntos perjuicios sufridos por FONADE – Pretensiones subsidiarias.....	78
2.4. Solución a los problemas jurídicos planteados en relación con las pretensiones relativas a los sobrecostos en el ítem 29.01.10.09.....	79
2.5. Pretensiones relativas a la liquidación del contrato.....	80
2.5.1. Posición de FONADE.....	81
2.5.2. Posición del Consorcio Kumbre.....	81
2.5.3.Consideraciones del Tribunal.....	81
3. LAS EXCEPCIONES.....	85
VIII. SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO.....	86
IX. COSTAS	86
X. PARTE RESOLUTIVA.....	86